

Analyse de la trajectoire historique de la monnaie électronique

Marc Lacoursière

Volume 48, numéro 3, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043936ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043936ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lacoursière, M. (2007). Analyse de la trajectoire historique de la monnaie électronique. *Les Cahiers de droit*, 48(3), 373–448.

<https://doi.org/10.7202/043936ar>

Résumé de l'article

Le développement de l'argent et des mécanismes de paiement est d'abord apparu par la création du troc, lequel a engendré la monnaie métallique, qui a donné naissance à la monnaie papier pour être graduellement remplacée par la monnaie électronique. À chacune de ces étapes, le degré d'acceptation de la monnaie est tributaire de la confiance qu'expriment les agents économiques. Cette confiance peut émaner du marché, mais elle se manifeste surtout lors d'une émission par une autorité publique. Bien que ce profil de développement apparaisse à chacune des étapes du développement de la monnaie, il est plus marqué dans l'évolution de la monnaie papier et de la monnaie électronique. L'étude qui suit présente une description des origines de la monnaie électronique et analyse le phénomène de l'évolution de cette monnaie en vue de comprendre et d'envisager la trajectoire que devrait prendre le paiement par Internet.

Analyse de la trajectoire historique de la monnaie électronique*

Marc LACOURSIÈRE**

Le développement de l'argent et des mécanismes de paiement est d'abord apparu par la création du troc, lequel a engendré la monnaie métallique, qui a donné naissance à la monnaie papier pour être graduellement remplacée par la monnaie électronique. À chacune de ces étapes, le degré d'acceptation de la monnaie est tributaire de la confiance qu'expriment les agents économiques. Cette confiance peut émaner du marché, mais elle se manifeste surtout lors d'une émission par une autorité publique. Bien que ce profil de développement apparaisse à chacune des étapes du développement de la monnaie, il est plus marqué dans l'évolution de la monnaie papier et de la monnaie électronique. L'étude qui suit présente une description des origines de la monnaie électronique et analyse le phénomène de l'évolution de cette monnaie en vue de comprendre et d'envisager la trajectoire que devrait prendre le paiement par Internet.

In its earliest economic form, money and the means for exchanging it took the oldest form of swapping: barter, which in time gave way to metal coins and then, much later, was replaced by ethereal electronic or

* L'auteur tient à remercier M^e Édith Vézina, M^{me} Odile Yao et M^{me} Romy Daigle pour leur collaboration. Il exprime également sa gratitude envers M^{me} Christine Lachance et M^{me} Dominique Lapierre, bibliothécaires, pour leur aide précieuse. Enfin, il désire remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour le financement de cet article. Sous réserve d'une indication contraire quant à la date d'accès, la consultation des sites Web cités dans le présent article est à jour au 1^{er} octobre 2007.

** Avocat ; professeur, Faculté de droit, Université Laval ; membre du comité de direction, Centre d'études en droit économique (CEDE), Faculté de droit, Université Laval.

“e-money”. During each evolutionary stage, the acceptance of money has rested upon the confidence of mediating economic agents. Such confidence may be market-based or backed by government, as when money is issued by a public authority. While this diachronic profile appears at each stage in the development of money, it becomes most obvious in the evolution of paper money and e-money. This paper sets forth a description of the origins of e-money and analyzes the phenomenon of this specific form of monetary evolution in order to better understand and anticipate the trail that e-payments will eventually blaze over the Internet.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1 Les origines de la monnaie | 377 |
| 1.1 L'historique de la monnaie papier..... | 379 |
| 1.1.1 Les premières émissions de monnaie papier..... | 379 |
| 1.1.2 Les unions monétaires | 393 |
| 1.2 L'historique de la monnaie électronique de première génération..... | 401 |
| 1.2.1 Les transferts électroniques de fonds | 401 |
| 1.2.2 Les cartes de paiement..... | 404 |
| 2 L'évolution des paiements électroniques de seconde génération : les paiements par Internet | 414 |
| 2.1 La première période: la transposition des systèmes de paiement existants ... | 417 |
| 2.1.1 Les cartes de crédit virtuelles | 418 |
| 2.1.2 Les chèques virtuels | 421 |
| 2.1.3 La monnaie électronique..... | 428 |
| 2.2 La seconde période: l'innovation | 435 |
| 2.2.1 Les réseaux de communication interbancaires | 436 |
| 2.2.2 Les paiements émergents | 440 |
| 2.2.3 Le système PayPal..... | 444 |
| Conclusion | 446 |

«Il est plus aisé d'écrire sur l'argent que d'en avoir ;
et ceux qui en gagnent se moquent beaucoup
de ceux qui ne savent qu'en parler»

VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* (1764)

Le professeur Michel Aglietta rapporte que «[d]ans l'univers indo-européen, la monnaie est un fait de civilisation qui a une profondeur de temps vertigineuse. Bien avant l'invention des pièces frappées au détail dans les cités grecques de la mer Égée au VII^e siècle des traces écrites de l'époque sumérienne à Ur au III^e millénaire désignent des actes qui font état d'argent avant notre ère, frappé à la tête d'Ishtar¹. » Depuis leur création (dans leurs formes physiques et conceptuelles), l'argent et les mécanismes de paiement ont subi une mutation remarquable. Le troc², la forme la plus élémentaire de paiement, a évolué vers l'argent primitif³. Celui-ci

1. M. AGLIETTA, «Les trajectoires de la monnaie», dans ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *L'avenir de l'argent*, Paris, OCDE, 2002, p. 35, [En ligne], [www.oecd.org/dataoecd/57/48/35629031.pdf].
2. L'usage du troc demeure toutefois limité. Le troc peut se définir ainsi : «[W]here the consideration for the transfer of the property in goods from a person to another consists of the delivery of goods, the contract is not a contract of sale, but a contract of exchange or barter» : M. MARK, *Chalmers' Sale of Goods Act 1979, Including the Factor Acts 1889 and 1890*, 18^e éd., Londres, Butterworths, 1981, p. 82. Le troc est utilisé soit lors de transactions au sein de groupes organisés très localisés, soit lors d'échanges compensés internationaux, notamment avec la Russie. Voir à ce sujet : ASSOCIATION POUR LA COMPENSATION DES ÉCHANGES COMMERCIAUX, *Guide pratique de la compensation*, Paris, ACECO, 1991, p. 17 ; F. LAZARE, «Mme Cresson, l'URSS et les éleveurs», *Le Monde*, 2 novembre 1991, p. 12 ; R.L. WALLER, «Soviet Countertrade», (1990) 1 *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies* 87, 87 et 97-101. Voir plus généralement : T.B. MCVEY, «Countertrade and Barter: Alternative Trade Financing by Third World Nations», (1980-81) 6 *International Trade Law Journal* 197, 202-204 ; S.J. LOCHNER, «Guide to Countertrade and International Barter», (1985) 19 *Int'l Law* 725, 727-730.
3. Les premières formes de monnaies primitives sont apparues en raison des inconvénients causés par le troc. L'argent primitif a été défini par Enzinger comme «a unit or an object conforming to a reasonable degree to some standard of conformity, which is employed for reckoning or for making a large proportion of the payments customary in the community concerned, and which is accepted in payment largely with the intention of employing it for making payments» : P. EINZIG, *Primitive Money in its Ethnological, Historical, and Economic Aspects*, Oxford, Pergamon Press, 1966, p. 317. La monnaie primitive comporte les fonctions de la monnaie, soit la réserve de valeur et le moyen d'échange : A.H. QUIGGIN, *A Survey of Primitive Money*, New York, Barnes & Noble, 1970, p. 4. Dans les temps anciens, la monnaie primitive consistait en des objets naturels, tels des pierres, des ossements, des coquillages, des perles, ou des objets utilisés couramment comme les ustensiles, les outils ou les ornements : P. EINZIG, *op. cit.*, p. 188-189. Le wampum est également une bonne illustration (*infra*, note 63). Au fil des ans, cette monnaie a été constituée de métaux précieux, comme l'or, l'argent et le bronze.

s'est transformé en monnaie métallique vers le VII^e siècle avant notre ère⁴. Cette monnaie a alors engendré le besoin de la monnaie papier vers la fin du Moyen Âge. Puis la monnaie s'est dématérialisée et est apparue sous une forme électronique depuis plus d'un siècle; de nos jours, la monnaie électronique coexiste avec le troc, la monnaie métallique et la monnaie papier.

La confiance qu'expriment les agents économiques envers une monnaie détermine son degré d'acceptation. Cette confiance peut provenir du marché ou de la puissance publique. Comme nous le verrons dans l'étude qui suit, l'acceptation et la confiance envers une monnaie se sont surtout manifestées lorsque la monnaie était émise par une autorité publique, d'abord par l'apposition d'un sceau sur les pièces de monnaie métallique et, par la suite, par l'instauration d'une banque centrale chargée de l'émission de la monnaie papier et métallique.

Au fil du temps, lorsque plusieurs monnaies cohabitent, les monnaies populaires chassent les monnaies les moins appréciées jusqu'à ce qu'une seule ou quelques-unes dominent le marché⁵. Ce profil de développement apparaît particulièrement dans l'évolution de la monnaie papier, que ce soit au Canada, aux États-Unis, en Afrique de l'Ouest ou en Europe. À l'ère informatique, le phénomène de convergence de la monnaie électronique se produit d'une manière analogue à celle de la monnaie papier. Toutefois, si la dématérialisation de l'argent s'est manifestée timidement avec l'apparition des lettres de change, elle constitue un élément intrinsèque de la monnaie électronique. En fait, cette dématérialisation de plus en plus prononcée a maintenant atteint une nouvelle phase qui incite certains à se demander s'il faut parler de monnaie électronique ou de systèmes de paiement électronique. À ce propos, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) affirme que «le destin de l'argent est de devenir numérique⁶».

Pour favoriser l'essor du commerce électronique, la confiance en une monnaie et la convergence qu'elle engendre doivent encourager le développement soit d'une unité de compte propre à Internet, soit d'un mécanisme

4. L'introduction de la monnaie métallique, en remplacement de la monnaie primitive (caractérisée par des ustensiles ou des objets précieux de toutes sortes), s'est déroulée sur une période relativement longue: *infra*, note 9.

5. Marchand et financier anglais au XVI^e siècle, sir Thomas Gresham estimait que «la mauvaise monnaie chasse la bonne». Cette loi de Gresham sous-entend que la monnaie surévaluée est préférée à la monnaie évaluée correctement par les agents économiques, que cette dernière peut être thésaurisée ou qu'elle peut être fondue et vendue en échange des pièces de «mauvaise monnaie», celles-ci disparaissant du circuit monétaire.

6. OCDE, «Résumé», dans OCDE, *op. cit.*, note 1, p. 7.

de transfert de fonds intrinsèque au cyberspace. Notre étude présente une description des origines de la monnaie électronique et analyse le phénomène de l'évolution de cette monnaie afin de comprendre et d'envisager la trajectoire que devrait prendre le paiement par Internet. La question de la détermination de l'émission de la monnaie électronique, soit une émission par une entité privée ou par l'État, ne sera pas développée en profondeur dans ce texte, car elle fera l'objet d'une recherche ultérieure.

Nous proposons donc, en première partie, une analyse des origines de la monnaie, laquelle exige une revue historique de la monnaie papier avant d'aborder les mécanismes de paiement électronique de première génération, notamment les cartes de paiement⁷. La seconde partie est consacrée à l'étude de l'évolution des systèmes de paiements de seconde génération, soit ceux qui transitent par Internet.

1 Les origines de la monnaie

La confiance des usagers envers une monnaie lui permet d'acquérir une valeur supérieure aux autres monnaies et d'atteindre un état d'acceptation généralisé dans un espace monétaire déterminé. Cela se vérifie tout au long du cheminement de la monnaie à travers les époques. Les monnaies les plus faibles sont d'abord escomptées, c'est-à-dire qu'elles sont acceptées à une valeur inférieure au pair, pour ensuite disparaître du marché. De nos jours, cette confiance repose sur l'émission de la monnaie par une banque centrale⁸, mais cela ne constitue qu'une modernisation des anciennes formes d'émission des monnaies métalliques par la puissance publique⁹.

7. Nous appelons la monnaie électronique de première génération celle qui est utilisée dans un environnement fermé, car il n'y a que deux ou quelques partenaires qui traitent ensemble. Le cas échéant, des formalités préalables existent. Il s'agit, notamment, des transferts électroniques de fonds de grande valeur et des paiements par carte. La monnaie électronique de seconde génération est celle qui peut être utilisée dans un environnement ouvert. Ce dernier ne contient aucune ou peu de restrictions pour la venue de nouveaux partenaires, comme c'est le cas du réseau Internet.

8. La centralisation de l'émission de la monnaie exige que « l'innovation dans les formes de paiements rencontre l'épreuve de leur acceptabilité générale » : M. AGLIETTA, *loc. cit.*, note 1, 36.

9. Les premières tentatives d'étampes ou de sceaux par l'autorité publique, sur les pièces de monnaie, remontent vers 2200 av. J.-C. en Inde, en Assyrie, en Crète, en Cappadoce et en Chine, mais il faut attendre le VII^e siècle av. J.-C. pour que cette marque soit adoptée par la Lydie. L'étampe apparaissait sur un seul côté, et certaines pièces possédaient deux barres parallèles de l'autre côté. Sur cette question, voir généralement : B. GEVA, « From Commodity to Currency in Ancient History – On Commerce, Tyranny, and the Modern Law of Money », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 115, 130-131 ; A.R. BURNS, *Money and Monetary Policy in Early Times*, New York, A.M. Kelly, Bookseller, 1927, p. 37-38, 51 ; A. DEL MAR, *A History of Ancient Countries – From the Earliest Times to the Present*,

Lorsque la monnaie est émise sous la tutelle de l'État, elle constitue une créance contre celui-ci. Ainsi, au sens strict¹⁰, cette forme d'émission place cette monnaie au premier niveau, c'est-à-dire au sommet de la hiérarchie des monnaies, suivie au deuxième niveau par les cartes à mémoire et la monnaie digitale émises par des entreprises commerciales et, au troisième et dernier niveau, par la monnaie dite « parallèle », soit les formes de bons de réduction du type « argent Canadian Tire » ou « Aeroplan »¹¹. Ces deux derniers types de monnaies, qui constituent un crédit contre l'émetteur privé, ne sont pas d'un usage généralisé et dénotent un manque de liquidité ; au mieux, ils comportent une certaine réserve de valeur¹².

Notre étude requiert une analyse des origines de la monnaie traditionnelle, en particulier celles de la monnaie papier et de la monnaie électronique de première génération, dans le but de saisir le développement et l'évolution de la monnaie électronique de seconde génération. Plus précisément, l'analyse de l'évolution du processus d'émission de l'argent papier, qui a d'abord été émis par les orfèvres et les banques commerciales et, ensuite, par les banques centrales, trouve son utilité dans les similitudes avec le développement des cartes de paiement, notamment en ce qui concerne la convergence tant de plusieurs émetteurs que de différentes sortes de monnaie envers un seul émetteur ou un nombre très restreint d'émetteurs. Ainsi, nous analyserons d'abord l'évolution du développement de la monnaie papier (1.1) pour nous concentrer ensuite sur le développement de la monnaie électronique de première génération (1.2).

New York, Burt Franklin, 1968 (1^{re} éd. : 1885), p. 17 ; J. WILLIAMS, *Money – A History*, New York, St. Martin's Press, 1997, p. 24. Toutefois, selon Burns, la nationalisation de la frappe de monnaie représente le plus grand pas vers une reconnaissance générale : A.R. BURNS, *op. cit.*, p. 78-83. Notons que les historiens ne s'entendent pas sur la période précise de l'avènement de la monnaie métallique en Chine : A.R. BURNS, *op. cit.*, p. 43-45, 51 et G. DAVIES, *The History of Money – From Ancient Times to the Present Day*, Cardiff, University of Wales Press, 1994, p. 56 ; J. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 24-26, 39. Les Grecs et les Romains, après avoir amélioré la qualité des pièces, les ont réellement imposées à la population au cours des siècles suivants. Voir : A.R. BURNS, *op. cit.*, p. 51.

10. Cela exclut les multiples mécanismes de transferts de fonds par chèque et par carte de crédit, notamment.
11. Une analyse des monnaies parallèles dépasse le cadre de notre étude. Pour plus de détails, voir généralement : J. BLANC, *Les monnaies parallèles : unité et diversité du fait monétaire*, Paris, L'Harmattan, 2000.
12. R. MILLER, W. MICHALSKI et B. STEVENS, « L'avenir de l'argent », dans OCDE, *op. cit.*, note 1, p. 11, aux pages 12-13. Voir toutefois : J. BLANC, *op. cit.*, note 11, p. 34.

1.1 L'historique de la monnaie papier

Au Moyen Âge, il devient fastidieux, et parfois même dangereux, de conserver et de transporter des quantités importantes de pièces de monnaie, et cela, sans compter le risque élevé de contrefaçon. En outre, l'augmentation des transactions qui nécessitent plus d'argent et les pénuries de métaux précieux engendrent le besoin de recourir à de nouvelles formes de paiement. Bien qu'il y ait eu quelques tentatives par le passé¹³, l'Angleterre, d'abord, et les États-Unis, ensuite, se sont rapidement imposés en tant que pionniers dans l'émission de la monnaie papier. Pour sa part, le Canada a connu une période d'introduction de la monnaie papier plus agitée que l'Angleterre mais plus paisible que celle de ses voisins du Sud. Après une présentation du développement de la monnaie papier en Angleterre, nous étudierons son développement au Canada et aux États-Unis durant la période coloniale et postcoloniale. Il est intéressant de noter que l'émission du papier-monnaie présente quelques similarités frappantes entre le Canada et les États-Unis (1.1.1). Après avoir analysé ces formes d'émissions, nous aborderons une autre forme de création de la monnaie, soit les unions monétaires. D'abord, nous avons choisi l'Afrique de l'Ouest comme premier cas de figure, car l'émission de la monnaie commune, soit le franc CFA, puise à la fois dans les modèles présentés en Angleterre et en Amérique du Nord. Ensuite, notre second sujet d'analyse des unions monétaires sera la zone euro, puisqu'elle constitue à l'heure actuelle un modèle incontournable (1.1.2).

1.1.1 Les premières émissions de monnaie papier

À la suite de la création des premières banques modernes en Italie vers la fin du XII^e siècle par les cambistes (*campsores*)¹⁴, les rois (y compris les

13. Il semble que la première présence du papier-monnaie remonte en Chine vers l'an 118 av. J.-C. Cette monnaie, dite « monnaie de cuir », consistait en une peau de cerf d'environ un pied carré, blanche et colorée sur les bordures, et valait une somme considérable. Elle n'a pas duré très longtemps, et ce n'est que vers le IX^e siècle de notre ère que les billets en papier sont apparus en Chine et, vers le XIII^e siècle, en Mongolie. À cette époque, les émissions privées de monnaie devenaient de plus en plus importantes en Chine, ce qui a entraîné une inflation manifeste. Cette monnaie papier, appelée « ch'ao », s'est déplacée vers l'Ouest, en Perse, où le roi avait proclamé en 1294 la peine de mort pour quiconque refusait d'accepter cette monnaie (mesure tout de même controversée à l'époque): G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 180-182; J.A. BOYLE, (dir.), *The Cambridge History of Iran: The Saljuq and the Mongol Period*, vol. 5, Cambridge, University Press, 1968, p. 375.
14. Plus précisément, la première banque moderne, la Banque de Venise, fut créée en 1170 en Italie. Elle était d'abord destinée à l'échange des devises, pour accepter plus tard les dépôts bancaires. Les Italiens deviennent alors les financiers de l'Europe. Pour des détails sur l'histoire des banques, voir: W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, t. 8, Londres, Methuen & Co., 1937, p. 177-192.

rois d'Angleterre¹⁵) et l'Église accumulent leurs métaux précieux dans les banques italiennes¹⁶, tandis que les marchands anglais décident de confier leur argent à des orfèvres (*goldsmiths*). Ceux-ci étaient les ancêtres des banquiers anglais, car ils possédaient déjà l'infrastructure — voûtes et coffres-forts — pour conserver cet argent. Ces orfèvres émettaient des billets, sous la forme de reçus, en retour des fonds déposés. Ainsi, les marchands pouvaient retirer leurs fonds soit en espèces, soit en tirant une traite payable sur demande à ordre ou au porteur jusqu'au montant total déposé. Ces traites constituent dès lors les premières lettres de change¹⁷ et les premiers chèques¹⁸. Au demeurant, ces effets de commerce peuvent être

15. Les Anglais ont joué un rôle important dans le développement des banques : *infra*, note 62 et le texte correspondant.
16. Les rois anglais étaient des emprunteurs importants des banques italiennes. Le refus par le roi Edouard III de rembourser ses banquiers (Peruzzi et Bardi) causa leur faillite : W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 14, p. 178. Lors des croisades, l'Église et la royauté empruntèrent à l'Ordre du Temple, qui avait acquis une fortune colossale au fil du temps. Ainsi, vers le début du XIII^e siècle, les Templiers devinrent les « administrateurs du trésor des rois de France ». Aux yeux de certains, ils agissaient un peu à l'image des banquiers. En fait, ils n'étaient pas les seuls à agir ainsi, car les établissements monastiques faisaient de même avec les fortunes des riches. Voir : M. LAMY, *Les Templiers : ces grands seigneurs aux blancs manteaux*, Bordeaux, Éditions Aubéron, 1997, p. 76 ; A. DEMURGER, *Les Templiers : une chevalerie chrétienne au Moyen Âge*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 316-329.
17. Les systèmes modernes de paiement présentent des similarités relativement aux moyens employés aux IX^e et VIII^e siècles av. J.-C. : « merchants in Babylonia and Chaldea paid by instruments 'very [much] like bills of exchange,' inscribed on clay bricks. These instruments were drawn by one person on another for a sum expressed in weight of silver or copper [...] These early bills of exchange were used to avoid the problem of bulk, as well as the need to weigh and test the quality of precious metals tendered in payment. » Puisque la confiance en ces lettres de change était très faible, celles-ci ne se sont jamais développées : B. GEVA, *loc. cit.*, note 9, 127.
18. *Id.*, 146. Par ailleurs, pour faciliter le paiement de ces effets de commerce, les banquiers se rencontraient dans les grandes foires commerciales européennes de la fin du XV^e siècle pour échanger leurs lettres de change, ces foires étant à l'origine des premières chambres de compensation. Ces foires se tenaient notamment en France (principalement à Lyon) et en Italie. L'ordonnance de Louis XI du 8 mars 1463, qui autorisait ces événements à des intervalles fixes de quatre fois l'an, constitue une étape importante dans l'évolution de la compensation interbancaire. Pour de plus amples informations, voir notamment : P. HUVELIN, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, Arthur Rousseau, 1895, p. 554 ; W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 14, p. 128-130. Les travaux de Jacques Savary sur l'étude des méthodes de compensation interbancaire au XVII^e siècle auraient également donné un nouveau souffle et permis une meilleure organisation de ces échanges entre banquiers dans toute l'Europe continentale ainsi qu'entre les banquiers d'Édimbourg. La compensation interbancaire, telle que nous la connaissons aujourd'hui, remonte aux environs de 1775, alors que la ville de Londres se donnait un local — situé Lombard Street — où les représentants des banques londoniennes, inspirés par leurs prédécesseurs d'Édimbourg, échangeaient les lettres de change et les chèques tirés sur leurs banques respectives. Modeste à l'origine, cette chambre a rapidement subi

considérés parmi les premières formes de dématérialisation de paiement, bien avant l'avènement de l'informatisation¹⁹.

Au fil des ans, ces reçus et ces chèques furent généralement reconnus par les marchands anglais et couramment échangés entre eux. Les documents, qui étaient négociés aisément d'un marchand à l'autre sans être déposés chez les orfèvres, furent ultimement traités comme de l'argent²⁰. Ce n'est que vers la fin du XVII^e siècle que ces instruments furent reconnus comme faisant partie de la common law, après avoir subi l'influence des coutumes des marchands²¹. Les premiers billets émis par les orfèvres servaient de reçus pour les fonds déposés. Chaque billet représentait le montant total dû au client²². Ce système étant très fastidieux, les billets

des améliorations au cours des années qui suivirent, dont la nomination d'un inspecteur et, surtout, le règlement des comptes à la Banque d'Angleterre (*infra*, note 29). Voir: J.J. MACLAREN, *Banks and Banking*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1914, p. 218; J. SAVARY, *Le parfait négociant ou Instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers*, Paris, L. Billaine, 1675. À Londres, la Town Clearing, qui a existé entre 1858 et 1985, se consacrait à la compensation de chèques de grande valeur (plus de 500 000 livres), et offrait le règlement le jour même; autrement dit, le processus était réglé en une seule journée: *Barklays Bank plc v. Bank of England*, [1985] 1 All E.R. 385, 389-390. Pour plus de détails sur la Town Clearing, voir: B. GEVA, *The Law of Electronic Funds Transfer*, New York, Matthew Bender, 1992-2006, n° 4.04[3][b], p. 4-87 - 4-88; A. ARORA, *Electronic Banking and the Law*, 2^e éd., Londres, Banking Technology, 1993, p. 162-163; NOTE, «Clearing-House Associations», (1891) 5 *Banking L.J.* 352, 352-353. Cette première expérience a engendré la mise en place d'autres chambres de compensation, d'abord en Europe et ensuite aux États-Unis, dont la première chambre organisée a été établie à New York en 1853. Un premier comité de banquiers a énoncé des règles dès 1805, et les transactions auraient débuté vers 1833 à la suite de la construction d'un édifice à cet effet. La New York Clearing House Association a été mise sur pied le 4 octobre 1853. En 1925, tous les principaux centres financiers du monde avaient une chambre de compensation.

19. Pour plus de renseignements sur l'histoire des lettres de change, voir: W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 14, p. 151-170; J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills of Exchange*, Cambridge, University Press, 2004; J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law*, Holmes Beach (Fla); Wm. W. Gaunt & Sons, 1993.
20. Les chèques étaient également traités comme de l'argent, mais en raison de plusieurs désavantages, les billets furent utilisés plus couramment: J.M. HOLDEN, *op. cit.*, note 19, p. 205-206. Comme le précise le professeur Geva, «[i]ndeed, cheques were used primarily "by the nobility and landowning classes, whose signatures were widely known and accepted"»: B. GEVA, *loc. cit.*, note 9, 146.
21. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 14, p. 170; B. GEVA, *loc. cit.*, note 9, 147; R.D. RICHARDS, *The Early History of Banking in England*, New York, Augustus M. Kelly, 1965, p. 40.
22. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 14, p. 190. Pour une illustration, voir: *Cooksey v. Boverie* (1683), 2 Show. 296, 89 E.R. 949. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 14, p. 190-191, précise que les billets donnés par la banque pouvaient représenter non seulement un dépôt, mais une somme que la banque avait accepté de prêter à son client. *A contrario*: *Tassell and Lee v. Lewis* (1696), 1 Ld. Raym. 743, 91 E.R. 1397, 1398 (ci-après cité dans les E.R.).

furent dès lors divisés en valeur moindre jusqu'à ce qu'ils atteignent des petites sommes. De cette manière, les billets, échangés entre les marchands, pouvaient servir à payer des dettes de moindre importance. À la fin du XVII^e siècle, un tribunal reconnaît que les billets émis par les orfèvres sont «always accounted among merchants as ready cash, and not as bills of exchange», ce qui était, en quelque sorte, la coutume de l'époque²³. En 1704, les billets à ordre étaient régis par une loi statutaire²⁴. Bien que les orfèvres fussent des acteurs de premier plan dans l'industrie financière à la fin du XVII^e siècle, ils ne pouvaient honorer des traites ou des billets sur demande. Ainsi, les créanciers n'acceptaient pas les billets comme paiement final, les caractérisant comme des paiements conditionnels²⁵. Graduellement, les billets émis par les banques commerciales, qui succédèrent aux orfèvres²⁶, remplacèrent les chèques²⁷, et la négociation de ces billets les a éventuellement métamorphosés en billets de banque²⁸.

L'établissement de la Banque d'Angleterre en 1694²⁹, ayant pour mission à cette époque d'effectuer des opérations bancaires³⁰, constituera un événement important dans la création du papier-monnaie inconditionnel³¹. En fait, bien qu'en ce temps-là la banque n'eût pas le pouvoir d'émettre

23. *Tassell and Lee v. Lewis*, précité, note 22, 1398.

24. *An Act for Giving like Remedy upon Promissory Notes, as is now Used upon Bills of Exchange, and for the Better Payment of Inland Bills of Exchange*, 1704 (R.-U.), 3 & 4 Anne, c. 9. L'objet de cette loi était de les rendre négociables : J.M. HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law*, *op. cit.*, note 19, p. 79-80.

25. *Ward v. Evans* (1702), 2 Ld. Raym. 928, 92 E.R. 120, 121.

26. Le rôle des orfèvres dans ces activités financières a diminué pour s'éteindre complètement vers la fin du XVII^e siècle. Ils spéculaient sur les mutations et les valeurs relatives des pièces de monnaie métallique dans le système dualiste qui régnait à l'époque : ils conservaient les pièces de bonne qualité pour se débarrasser des autres en les retournant en circulation. Très liée aux Stuart, la révolution de 1689 apporta une nouvelle dynastie et certains créanciers craignirent pour la solvabilité des orfèvres au moment du remboursement de leurs créances. Ne pouvant plus offrir les garanties requises, ils furent éliminés du marché financier au profit des banquiers : M. AGLIETTA, *loc. cit.*, note 1, 46.

27. B. GEVA, *loc. cit.*, note 9, 146.

28. J.M. HOLDEN, *op. cit.*, note 19, p. 205-206 ; W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 14, p. 174, n. 2.

29. *Bank of England Act 1694* (R.-U.), 5 & 6 William & Mary, c. 20, art. 19.

30. La raison d'être de la création de la Banque d'Angleterre se justifiait par le financement de la guerre contre les Français. Le capital souscrit et les dépôts des clients étaient donc prêtés à l'État : W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 14, p. 211, n. 4. Au sujet du concept d'opérations bancaires, voir généralement : *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433, (1979) 31 N.R. 361 ; C.C. JOHNSON, «Judicial Comment on the Concept of "Business of Banking"» (1962) 2 *Osgoode Hall L.J.* 347.

31. Le papier-monnaie inconditionnel était un billet accepté par le détenteur sans aucune condition, contrairement aux effets de commerce de cette époque.

des billets de banque, elle émettait tout de même des billets analogues à ceux des orfèvres³². Ultimement, la common law reconnaîtra les billets de la Banque d'Angleterre comme de l'argent³³. En 1833, cette reconnaissance sera codifiée par le Parlement britannique³⁴. De nos jours, l'émission des billets appartient exclusivement aux banques centrales³⁵.

L'émission de la monnaie papier au Canada sous les régimes français et britannique présente des similarités avec le développement des billets de banque en Angleterre, bien qu'elle ait été plus laborieuse. Sous le Régime français, l'argent provenait de la mère patrie et, lorsque la monnaie métallique manqua entre 1685 et 1719 pour payer les soldats français postés à Québec, elle fut remplacée par une émission de monnaie de carte, c'est-à-dire des cartes à jouer. Cette monnaie fut rapidement acceptée, d'abord par les soldats et, ensuite, par la population civile³⁶. Elle fut bannie par le roi Louis XV en 1720, qui consentit à envoyer plus de pièces de monnaie dans la colonie. Il donna toutefois son aval à une seconde émission de la monnaie de carte en 1729, cette monnaie étant en circulation jusqu'à la chute du Régime français en 1763³⁷. La monnaie de carte était jumelée à d'autres formes de monnaie en circulation dans la colonie³⁸. Après 1796, le gouvernement de France ne remboursa pas l'intégralité de la valeur nominale de cette monnaie de carte, ce qui causa une dévaluation, des pertes financières importantes pour les détenteurs de cet argent et, surtout, une crise de confiance³⁹. Comme le mentionne le Musée de la monnaie de la Banque du Canada, ces détenteurs «se mirent à thésauriser, utilisant au besoin le légendaire “bas de laine”⁴⁰».

32. J.M. HOLDEN, *op. cit.*, note 19, p. 89-90. Voir: *Bank of England v. Anderson* (1837), 3 Bing. (N.C.) 590, 132 E.R. 538, 562-563.

33. *Miller v. Race* (1758), 1 Burr. 452, 97 E.R. 398, 401.

34. *Bank of England Act, 1833* (R.-U.), 3 & 4 William & Mary 4, c. 98. Cette loi a été remplacée par la *Currency and Bank Notes Act, 1954* (R.-U.), 2 & 3 Eliz. II, c. 12.

35. *Infra*, note 94.

36. La raison de cette confiance tient à sa quantité limitée, à sa convertibilité en lettres de change et à la possibilité de l'encaisser en France.

37. J. POWELL, *Le dollar canadien : une perspective historique*, Ottawa, Banque du Canada, 2005, p. 8, [En ligne], [www.bank-banque-canada.ca/fr/dollar_livre/dollar_livre.pdf].

38. En fait, du début du XVII^e siècle à la fin du XIX^e siècle, plusieurs pièces de monnaie du Portugal, de l'Espagne et de l'Amérique latine – Mexique, Pérou et Colombie – circulaient dans les colonies françaises et britanniques; le dollar espagnol a eu cours légal en Nouvelle-Écosse de 1758 à 1762, et son cours demeure au Québec durant les années subséquentes: J. POWELL, *op. cit.*, note 37, p. 2-3. En fait, la popularité des diverses monnaies utilisées dépendait du cours qui leur était accordé.

39. Plus précisément, la France avait accepté de rembourser la monnaie émise en Nouvelle-France sous son régime, mais à un taux loin au-dessous du pair.

40. MUSÉE DE LA MONNAIE, *Une nouvelle émission de monnaie de carte*, 2006, [En ligne], [epe.lac-bac.gc.ca/100/205/301/ic/cdc/bank/francais/nouv.htm].

Cette crise de confiance de la population envers la monnaie papier dura plusieurs années à partir du début du Régime britannique jusqu'au début du XIX^e siècle. Les autorités coloniales canadiennes émirent des billets de l'armée pour financer la guerre de 1812-1815 entre les États-Unis et les colonies de l'Amérique du Nord britannique. Contrairement au gouvernement français, le gouvernement britannique remboursa entièrement la valeur nominale de ces billets à la fin de cette guerre, ce qui rehaussa le niveau de confiance de la population envers la monnaie papier. À partir de 1821, l'argent papier fut émis par les banques commerciales, chaque banque émettant son propre papier-monnaie, comme la Banque de Montréal (1821), la Banque du Haut-Canada (1821), la Banque du Peuple (1835) et la Bank of Prince Edward Island (1855)⁴¹. Les billets émis par chacune de ces banques furent cependant escomptés par les banques concurrentes à des taux plus ou moins variables. L'Acte d'Union de 1841⁴² fut l'occasion pour Lord Sydenham de proposer une émission de monnaie par une banque provinciale, sorte d'ancêtre de la banque centrale⁴³. Les pertes potentielles du droit de seigneurage⁴⁴ des banques à charte de l'époque et la crainte d'accorder trop de pouvoir au gouvernement furent à l'origine de l'échec du projet de Lord Sydenham⁴⁵. Les faillites de la Colonial Bank, de l'International Bank, de la Bank of Clifton et de la Bank of Western Canada, vers la fin des années 1850 et le début des années 1860, qui influèrent substantiellement sur la perte de confiance de la population dans les banques à charte, incitèrent le gouvernement à réexaminer la possibilité d'émettre de la monnaie papier⁴⁶.

41. Pour plus de détails sur les billets de banque émis par les banques commerciales, voir : J.D. FALCONBRIDGE, *The Law of Banks and Banking : Clearing Houses, Currency and Dominion Notes, Bills, Notes, Cheques and Other Negotiable Instruments*, Toronto, Canada Law Books, 1929, p. 126-156.

42. *Acte pour Réunir les Provinces du Haut et du Bas Canada, et pour le Gouvernement du Canada, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., c. 35, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 4 (promulgué le 10 février 1841), connu sous le nom d'« Acte d'Union de 1840 ».

43. Cette proposition n'a pas été retenue, mais le gouvernement a tout de même adopté une loi pour taxer les billets de banque : *Acte pour imposer une certaine taxe ou impôt sur les Billets de Banque émis ou en circulation dans cette Province*, S. Prov. C. 1841 (4 & 5 Vict.), c. 29.

44. Le seigneurage signifie le gain net de l'émetteur d'une monnaie, après déduction du coût de fabrication de la monnaie.

45. J. POWELL, *op. cit.*, note 37, p. 23-24.

46. L'acceptation par une banque des billets émis par ses concurrentes, sans aucun escompte, nécessita un certain temps : A. SHORTT, *Adam Shortt's History of Canadian Currency and Banking 1600-1880*, Toronto, Canadian Bankers' Association, 1986, p. 519-538.

Par ailleurs, s'inspirant de la période de liberté bancaire aux États-Unis⁴⁷, le gouvernement canadien promulgua en 1850 une loi qui permettait aux banques commerciales d'émettre leur propre monnaie⁴⁸ et il adopta l'année suivante le système décimal⁴⁹. Puisque le gouvernement britannique désirait conserver la livre, le shilling et le penny, le gouvernement canadien adopta une loi sur la monnaie en 1854⁵⁰. Puis il se ravisa et modifia cette loi en 1857 pour que les comptes du gouvernement soient tenus uniquement en dollars⁵¹. Cette loi est à la source de l'adoption du dollar comme devise officielle du Canada.

À la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui accordait l'exclusivité au gouvernement fédéral de l'émission de la monnaie et de l'argent papier⁵², le gouvernement ne tarda pas à exercer ses pouvoirs. Dès 1868, il adopta l'*Acte pour autoriser les Banques dans toutes les parties du Canada à employer les billets de la Puissance au lieu d'émettre leurs propres billets*⁵³ pour remplacer les billets provinciaux⁵⁴ par des billets du gouvernement fédéral, appelés les «billets du Dominion». En 1871, le gouvernement adopta une loi sur l'uniformité de la monnaie⁵⁵ et

47. *Infra*, notes 83-84 et le texte les accompagnant.

48. *Acte pour établir le libre commerce de banque en cette province, et pour d'autres fins relatives aux banques et aux affaires de banques*, S. Prov. C. 1850 (13-14 Vict.), c. 21.

49. *Acte pour pourvoir à l'introduction du système décimal dans le cours des monnaies de cette province, et pour amender les lois relatives au dit cours*, S. Prov. C. 1851 (14 & 15 Vict.), c. 47.

50. *Acte pour régler le système monétaire*, S. Prov. C. 1853 (16 Vict.), c. 158, en vigueur le 1^{er} août 1854. L'entrée en vigueur avait été retardée pour atteindre un compromis entre les désirs des autorités britanniques de conserver le shilling et le penny, et celui du gouvernement canadien d'introduire le dollar. À l'époque, les Britanniques craignaient l'adoption du dollar, «fondement du système monétaire d'un gouvernement étranger susceptible de nourrir des ambitions continentales»: J. POWELL, *op. cit.*, note 37, p. 25.

51. *Acte pour exiger que les comptes rendus au gouvernement provincial soient rendus en dollars et en cents*, S. Prov. C. 1957 (20 Vict.), c. 18.

52. *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict. c. 3, art. 91(14) (15).

53. *Acte pour autoriser les Banques dans toutes les parties du Canada à employer les billets de la Puissance au lieu d'émettre leurs propres billets*, S.C. 1868, 31 Vict., c. 46. Cette loi a été remplacée en 1870 par l'*Acte pour amender l'acte trente-un Victoria, chapitre quarante-six, et pour réglementer l'émission des billets de la Puissance*, S.C. 1870, 33 Vict., c. 10. Sur cette question, voir: G. RICH, «The Gold-Reserve Requirement Under the Dominion Notes Act of 1870: How to Deceive Parliament», *Revue canadienne d'économie*, vol. 10, 1977, p. 477. Le gouvernement avait déjà tenté de limiter le pouvoir des banques à charte d'émettre de l'argent en 1866: *Acte pour pourvoir à l'émission de Billets Provinciaux*, S. Prov. C. 1866 (29-30 Vict.), c. 10.

54. À l'instar des billets provinciaux, les billets du gouvernement fédéral étaient partiellement convertibles en or, de 1854 à 1914: J. POWELL, *op. cit.*, note 37, p. 37.

55. *Acte pour établir un système monétaire uniforme pour la Puissance du Canada*, S.C. 1871, 34 Vict., c. 4.

la première *Loi sur les banques*⁵⁶. Cette dernière permettait aux banques à charte d'émettre certaines dénominations de papier-monnaie. Le gouvernement fédéral pouvait émettre des billets de 25 sous, de 1, de 2, de 6, de 50, de 500 et de 1 000 dollars⁵⁷, alors que les banques commerciales conservaient le privilège d'émettre des billets de 4 dollars et plus⁵⁸. Toutefois, en 1935, le gouvernement se prévalut de son droit d'être le seul et unique émetteur de monnaie au Canada par la fondation de la Banque du Canada⁵⁹. Cette émission de l'argent exclusivement par la banque centrale mit fin à l'instabilité monétaire d'alors⁶⁰.

L'implantation de la monnaie papier au Canada présente plusieurs analogies avec celle aux États-Unis, bien que, dans ce dernier cas, la situation ait été plus chaotique⁶¹. Galbraith résume comme suit l'importance des États-Unis dans l'émission du papier-monnaie : « If the history of commercial banking belongs to the Italians and of central banking to the British,

56. *Acte concernant les banques et le commerce des banques*, S.C. 1871, 34 Vict., c. 5.

57. Les grosses coupures étaient destinées à la compensation interbancaire.

58. *Acte concernant les banques et le commerce des banques*, précité, note 56, art. 8; J. POWELL, *op. cit.*, note 37, p. 31. Quelques années plus tard, le législateur a exigé que les billets soient de 5 dollars ou d'un multiple de 5: *Acte à l'effet d'amender l'Acte concernant les banques et le commerce de banque, et de continuer pendant un temps limité les chartes de certaines banques auxquelles il s'applique*, S.C. 1880, 43 Vict., c. 22, art. 12 (2).

59. *Loi sur la Banque du Canada*, S.C. 1934, 24-25 Geo. V, c. 43, art. 24 (1). Voir également: J.D. FALCONBRIDGE, *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, Toronto, Canada Law Book, 1969, p. 128; J. POWELL, *op. cit.*, note 37, p. 55; R. MACINTOSH, *Different Drummers: Banking and Politics in Canada*, Toronto, Macmillan, 1991, p. 76. L'article 25 (4) de cette loi prévoyait que la Banque du Canada était responsable du rachat « de tous les billets du Dominion alors émis ». Une modification de 1954 indiquait que cette banque était « responsable du rachat des billets émis par toute banque à charte avant le 1^{er} janvier 1950 et destinés à circuler au Canada »: *Loi modifiant la Loi sur la Banque du Canada*, L.C. 1966-1967, 2-3 Eliz. II, c. 33, art. 9. Enfin, l'article 13 de la *Loi modifiant la Loi sur la Banque du Canada*, L.C. 1966-1967, 14-15-16 Eliz. II, c. 88, est venu préciser que les billets émis par les banques à charte consistaient en ceux qui étaient prévus à l'annexe R de la *Loi sur les banques*, L.C. 1966-1967, 14-15-16 Eliz. II, c. 87, art. 73 (4). Par ailleurs, lorsque la Banque du Canada émit la première série de billets après le 11 mars 1935 – date d'entrée en service de la Banque du Canada –, ces billets étaient unilingues, en français ou en anglais: *Loi sur la Banque du Canada*, précitée, art. 24 (4). Ce n'est que l'année suivante que cette loi fut modifiée pour que les billets soient bilingues: *Loi modifiant la Loi sur la Banque du Canada*, S.C. 1936, 1 Ed. VIII, c. 22, art. 15.

60. A. SHORTT, *op. cit.*, note 46, p. 519-538. L'escompte était d'environ 80 p. 100.

61. Sur l'histoire de la monnaie papier aux États-Unis, voir généralement: L.V. BROCK, *The Currency of the American Colonies, 1700-1764: A Study in Colonial Finance and Imperial Relations*, New York, Arno Press, 1975; R.W. WEISS, « The Issue of Paper Money in the American Colonies », *Journal of Economic History*, vol. 30, 1970, p. 771.

that of paper money issued by a government belongs indubitably to the Americans⁶². » Bien que la livre anglaise, le shilling et le penny, fussent les monnaies officielles de l'époque coloniale américaine, le papier-monnaie et d'autres substituts apparurent rapidement à la suite de la pénurie de monnaie métallique⁶³. L'industrie du tabac étant très prospère dans le sud des États-Unis à cette époque, il se développa au fil du temps un « system of authorized certificates [which begun] to be used, attesting the quality of tobacco deposited in public warehouse⁶⁴ ». Cela donna naissance à des quasi-certificats de dépôts, connus sous le nom de « tobacco notes⁶⁵ ». Ceux-ci eurent cours légal en Virginie en 1727 et furent acceptés comme tels lors des décennies suivantes⁶⁶. Cette tendance fut même suivie plus tard par d'autres colonies⁶⁷.

62. J.K. GALBRAITH, *Money - Whence it Came, Where it Went*, Londres, André Deutsh, 1975, p. 45.

63. Au même moment, peu de tentatives concernant la frappe de pièces furent mises en avant. Selon Davies, la seule usine de monnaie fut « set up by a successful merchant, John Hull, in Massachusetts, in 1652, coining silver three pences, six pences, and, most famous of all, the "pine-tree shilling" ». Ces pièces portèrent la même valeur intrinsèque que les pièces anglaises, bien que « [t]he popular pine-tree currency circulated widely until the mint was forced to close down in 1684 » : G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 459. En fait, la première monnaie coloniale fut associée au wampum, une monnaie de commodité qui apparut sous une forme primitive : W. BRADFORD, *History of Plymouth Plantation*, t. 2, New York, Charles Scriber's Sons, 1908, p. 234-236. Le wampum était une sorte de ceinture tissée, parfois à caractère religieux, et ornementée de divers motifs. Il servit de monnaie d'échange par les Amérindiens dans leurs transactions entre eux ou avec les colons européens. Voir : P. EINZIG, *op. cit.*, note 3, p. 165-169 ; G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 38-40 ; L. SCOZZARI, « The Significance of Wampum to Seventeenth Century Indians in New England », *Connecticut Review*, vol. 17, 1995, p. 59.

64. G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 458.

65. Sur les tobacco notes, voir : M. MCKINNEY SCHWEITZER, « Economy Regulation and the Colonial Economy : The Maryland Tobacco Inspection Act of 1747 », *Journal of Economic History*, vol. 40, 1980, p. 551 ; L.V. BROCK, *op. cit.*, note 61, p. 12-16.

66. Des expériences similaires furent effectuées sur d'autres produits, comme le blé, le maïs, le riz, les fèves, le poisson et des dérivés comme le whisky et le brandy : G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 458.

67. À titre d'exemple, les États suivants émis également du papier-monnaie ou des bills of credit : Caroline du Sud (1703), Connecticut (1709), New York (1709), New Hampshire (1709), New Jersey (1709), Rhode Island (1710), Caroline du Nord (1712). Il semble que la rareté des pièces et la nécessité d'encourager le commerce soient à l'origine de ce mouvement : C.P. NETTELS, *The Money Supply of the American Colonies Before 1720*, New York, Sentry Press, 1934, p. 253-254 ; H. PHILLIPS, *Historical Sketches of the Paper Currency of the American Colonies*, New York, Burt Franklin, 1969 (1^{re} éd. : 1865). Ces billets furent par la suite déclarés inconstitutionnels par la Cour suprême des États-Unis : *Craig v. Missouri*, 29 U.S. 410 (1830), 417-418 ; *Briscoe v. Bank of the Commonwealth of*

La première émission de papier-monnaie par une autorité officielle survint dans les États coloniaux entre 1690 et 1710 environ⁶⁸. Cependant, il fallut attendre vers le début du XVIII^e siècle pour que plusieurs colonies commencent à émettre régulièrement du papier-monnaie⁶⁹, tendance qui dura tout au long de ce siècle. D'ailleurs, Benjamin Franklin se montra favorable à l'émission de papier-monnaie par l'État de la Pennsylvanie⁷⁰. Toutefois, l'Angleterre, voyant d'un mauvais œil cette tendance, tenta graduellement d'en interdire l'émission dans ses colonies par la voie législative en 1741, en 1751 et en 1763⁷¹. Ces efforts n'eurent qu'un succès mitigé, pour ne pas dire

Kentucky, 36 U.S. 257 (1837), 272-273. Une autre méthode pour envoyer de la monnaie dans les colonies consistait en l'importation de devises étrangères, dont le dollar espagnol et le peso mexicain.

68. En raison de la pauvreté dans la colonie et de la rareté de la monnaie, il fut nécessaire d'adopter des mesures appropriées, comme une première émission de 7 000 livres, sous la forme de cinq shillings à 5 livres, et jusqu'à un maximum de 40 000 livres. Cette nouvelle monnaie, appelée « traite de Boston », fut émise avec l'intention de payer les soldats qui revenaient d'une expédition à Québec, ainsi que leurs veuves et leurs orphelins. Ces billets furent acceptés comme ayant cours légal. Plus précisément, ces billets étaient des *bills of credit* qui pouvaient éventuellement être interchangeables contre de l'or ou de l'argent, c'est-à-dire contre des espèces et servir à payer des impôts. Bien qu'ils aient circulé pour les vingt années suivantes, il semble que leur valeur ait été moindre que l'argent et ils furent retirés de la circulation : J.B. FELT, *Historical Account of Massachusetts Currency*, New York, Burt Franklin, 1968, p. 49-50 (1^{re} éd. : 1839) ; J.K. GALBRAITH, *op. cit.*, note 62, p. 51 ; G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 460-461. Voir aussi : P.A. SAMUELSON, « A Massachusetts Bills of Credit. February 3, 1690 », dans H.E. KROOSS (dir.), *Documentary History of Banking and Currency in the United States*, t. 1, New York, Chelsea House Publishers, 1969, p. 19. Un *bill of credit* fut défini judiciairement comme incluant tout instrument par lequel l'État s'engage à payer à une date future, ce qui comprend un certificat remis pour l'argent emprunté : *Craig v. Missouri*, précité, note 67, p. 272-273. Voir de plus : T.F. WILSON, *The Power "To Coin" Money: The Exercise of Monetary Powers by the Congress*, Armonk, New York, M.E. Sharpe, 1992, p. 129-130.
69. R.W. WEISS, *loc. cit.*, note 61, 777-782.
70. B. FRANKLIN, « The Nature and Necessity of a Paper Currency », dans J. SPARKS (dir.), *Essays on General Politics, Commerce and Political Economy*, New York, A.M. Kelley, 1971 (1^{re} éd. : 1836), p. 254.
71. *An Act for Restraining and Preventing Several Unwarrantable Schemes and Undertakings in His Majesty's Colony and Plantations in America, 1741* (R.-U.), 14 Geo II, c. 37 ; entre autres, cette loi étendait les pouvoirs de la *Bubble Act* de 1719 aux colonies : *An Act for Better Securing certain Powers and Privileges Intended to be Granted by His Majesty by Two Charters for an Assurance of Ships and Merchandises at Sea, and for Lending Money Upon Bottomry; and for Restraining Several Extravagant and Unwarrantable Practices Therein Mentioned, 1719* (R.-U.), 6 Geo I [ci-après citée : « Bubble Act »] ; *An Act to regulate and restrain Paper Bills of Credit in his Majesty's Colonies or Plantations of Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, the Massachusetts Bay, and New Hampshire in America; and to prevent the same being legal Tenders in Payments of Money, 1751* (R.-U.), Geo II, c. 53 ; *An Act to Prevent Paper Bills of Credit,*

quasi nul⁷². Finalement, l'absence d'une politique monétaire solide mena la monnaie des colonies à fluctuer d'une manière draconienne⁷³. Ces fluctuations eurent lieu particulièrement en temps de guerre. À titre d'exemple, « [w]hen the [American Revolutionary] war broke out the monetary brakes were released completely and the revolution was financed overwhelmingly with an expansionary flood of paper money far greater than had ever been seen anywhere previously⁷⁴ ». En fait, le Congrès, influencé par Benjamin Franklin, créa la Bank of North America, une sorte de banque centrale destinée à servir comme une banque du gouvernement central de l'époque afin d'émettre les « billets continentaux » (*Continental notes*) dès le début de la guerre, en 1775. En d'autres termes, le financement de cette guerre fut facilité par une émission massive d'argent par les États et le gouvernement central. En fait, tel que l'a noté Galbraith, plus de 241,6 millions de dollars en billets continentaux et 209,5 millions de dollars en billets étatiques furent émis de 1775 à 1880⁷⁵. Cette situation amena les autorités fédérales à donner au Congrès le pouvoir de réglementer l'émission de la monnaie en 1789⁷⁶. Trois ans plus tard, ce dernier exerça officiellement son pouvoir⁷⁷. Inspiré du dollar espagnol, le dollar est devenu la nouvelle unité de compte des États-Unis en 1792 et devait servir à une forme d'union monétaire dans ce pays⁷⁸.

Hereinafter to be Issued in Any of His Majesty's Colonies or in America; and to Prevent Legal Tender of Such Bills as are Now Subsisting, from Being Prolonged Beyond the Periods Limited for Calling in and Sinking the Same, 1763 (R.-U.), 4 Geo III, c. 34.

72. À preuve, la plupart des colonies ont continué à émettre du papier-monnaie. Voir généralement à ce sujet : J.P. GREENE et R.M. JELLISON, « The Currency Act of 1764 in Imperial Colonial Relations, 1764-1776 », *William and Mary Quarterly*, vol. 18, 1961, p. 485.
73. La question de la dévaluation de la monnaie à l'époque coloniale a fait couler beaucoup d'encre. Voir à ce sujet : C.W. CALAMIRIS, « Institutional Failure, Monetary Scarcity, and the Depreciation of the Continental », *Journal of Economic History*, vol. 48, 1988, p. 47 ; E.J. FERGUSON, « Currency Finance : An Interpretation of Colonial Monetary Practices », *William and Mary Quarterly*, vol. 10, 1953, p. 153.
74. G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 464. Cette guerre a duré de 1775 à 1783.
75. J.K. GALBRAITH, *op. cit.*, note 62, p. 58.
76. Sur cette question, voir : T. WILSON, *op. cit.*, note 68, p. 80-84 et 87. Légalement, cette interdiction ne concernait pas précisément les États : K. DOWD, « Money and Banking : The American Experience », dans THE GEORGE EDWARD DURELL FOUNDATION, *Money and Banking : The American Experience*, Fairfax (Va), George Mason University Press, 1995, p. 3-4.
77. *An Act establishing a Mint, and regulating the Coins of the United States*, ch. 16, 1 Stat. 246 (1792) ; *An Act to provide Copper Coinage*, ch. 39, 1 Stat. 283 (1792).
78. Il semble que le terme « dollar » provienne de Sankt-Joachimsthal (en Bohême, plus précisément, dans ce qui est aujourd'hui la République tchèque), lorsqu'une mine d'argent y fut découverte à la fin du Moyen Âge, ce qui permit de frapper le *joachimsthaler*, ou *thaler*. Ce dernier prit peu à peu le nom de « dollar ». À cette époque, cette monnaie se répandit dans l'empire des Habsbourg, y compris en Amérique latine, où elle devint le *dólar*. Les États-Unis ont adopté le dollar pour monnaie lors de leur indépendance. Le

Plusieurs États continuèrent toutefois d'émettre de l'argent après la guerre de l'Indépendance, ce qui engendra la dévaluation des devises⁷⁹.

À la suite du traité de Paris qui mit un terme à la guerre de l'Indépendance en 1783, l'émission des billets continentaux connut un terme et la Bank of North America devint une banque commerciale. La First Bank of the United States de 1791 servit de nouvelle banque centrale au gouvernement états-unien pour financer la dette nationale et créer une monnaie nationale. Détenant une charte bancaire de vingt ans, elle ferma en 1811 et fut remplacée en 1816 par la Second Bank of the United States⁸⁰. Celle-ci fut dissoute à son tour en 1833 lorsque le président Jackson, très réfractaire aux banques nationales, plaça son argent dans les banques étatiques (surnommées «*pet banks*») pour affaiblir les banques nationales⁸¹. Comme le note Davis, la Second Bank of the United States démontra que «*the American banking scene was beginning to show signs of convergence towards a national pattern ; untidy and incomplete, but at least discernable in outline*»⁸².

Le rôle du gouvernement fédéral dans l'émission de l'argent demeura toutefois très limité à partir de cette période, ce qui entraîna les banques commerciales étatiques à émettre leur propre papier-monnaie à partir de la fin du XVIII^e siècle. Cette monnaie était escomptée à des taux variant selon

«Thaler de Marie-Thérèse», frappé dès 1780, acquit même une popularité dans le monde arabe et africain. Par ailleurs, l'usage du «S» doublement barré proviendrait de l'appellation «Spanish pillar dollar», en mémoire de la monnaie apportée par les Espagnols en Amérique. Voir : WIKIPÉDIA, *Thaler*, [En ligne], [en.wikipedia.org/wiki/Thaler].

79. Voir généralement : B.T. McCULLUM «Money and Prices in Colonial America: A New Test of Competing Theories», *Journal of Political Economy*, vol. 100, 1992, p. 143 ; R.W. WEISS, *op. cit.*, note 61 ; A.B. HEPBURN, *A History of Currency in the United States*, New York, Augustus M. Kelly, 1967, p. 5-12.

80. La nécessité de la création d'une banque centrale fut très controversée à l'époque, alors que la décision du Congrès ne fit guère l'unanimité. Les partisans de la création de la banque, notamment le président Thomas Jefferson, sur les conseils du secrétaire du Trésor, Alexander Hamilton, alléguèrent que la constitution le prévoyait implicitement, alors que leurs adversaires mentionnèrent que celle-ci devait le prévoir explicitement, ce qui n'était pas le cas. Ainsi, entre la création des deux banques, l'instabilité monétaire et la spirale inflationniste s'installèrent : G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 474. La Cour suprême des États-Unis s'est prononcée sur cette controverse dans deux décisions importantes et a confirmé la légalité de la banque : *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), et *Osborn v. The Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824). Dans ces décisions, la Cour suprême jugea qu'un État (respectivement le Maryland et l'Ohio, en l'espèce) ne pouvait imposer les banques fédérales.

81. Comme pour la First Bank of the United States, la charte bancaire durait vingt ans et devait échoir en 1836.

82. G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 477 ; l'italique est de nous.

la réputation de l'émetteur. La fermeture de la Second Bank of the United States ouvrit la porte à une période importante de l'histoire bancaire états-unienne, appelée le « mouvement de liberté bancaire », ou « laissez-faire » bancaire (*free banking*) de 1838⁸³. L'argent en circulation, émis par les banques étatiques⁸⁴, augmenta alors substantiellement et il s'en suivit une situation très chaotique.

La guerre de Sécession⁸⁵ freina brutalement cette ère de liberté bancaire, puisque son financement nécessita une centralisation de l'émission d'argent tant au nord qu'au sud des États-Unis. C'est à ce moment-là que le gouvernement central émit le célèbre *greenback*, billet de banque à demande (*demand note*), non convertible en or et garanti par des obligations du gouvernement, qui servait au financement des troupes nordistes⁸⁶. Le *greenback* fut considéré comme la première émission du gouvernement états-unien d'une monnaie ayant cours légal. Ce billet fiduciaire devint convertible à 100 p. 100 de sa valeur nominale lors du retour des États-Unis à l'étalon-or en 1879⁸⁷. Dans le but d'éliminer les banques étatiques, le gouvernement fédéral avait imposé une taxe de 10 p. 100 (surnommée « *death tax* ») sur les billets émis par les banques étatiques, ce qui eut pour conséquence de diminuer substantiellement l'utilisation des billets étatiques et de favoriser la monnaie nationale. Dans la décision *Veazie Bank v. Feno*⁸⁸, la Cour suprême des États-Unis jugea que cette taxe

83. Cette période se caractérise par une diminution substantielle des exigences pour l'ouverture de banques étatiques et par la diminution des réserves obligatoires pour garantir les billets émis et en circulation. Voir, à titre d'exemple, la loi new-yorkaise : *Free Banking Act*, ch. 684, N.Y. Laws 1763 (13 avril 1938). À ce sujet, voir : B. HAMMOND, « Free Banks and Corporations : The New York Free Banking Act of 1838 », *Journal of Political Economy*, vol. 44, 1936, p. 184. Cette période se termina en 1863 par l'adoption de la *National Bank Act*, ch. 58, 12 Stat. 665 (25 février 1863), qui créa les banques nationales. Cette loi créa également le Comptroller of the Currency – autorité de supervision bancaire états-unienne – et des billets de banque garantis par le gouvernement fédéral. Elle fut remplacée l'année suivante : *National Bank Act*, ch. 106, 13 Stat. 99 (3 juin 1864). Par ailleurs, outre au Canada, des périodes de liberté bancaire ont également existé au XVIII^e siècle en Écosse et à la fin du XIX^e siècle en Australie et en Suisse, notamment.

84. Les banques étatiques furent les seules à exister durant cette période. Il n'y avait aucune banque centrale, mais certaines banques étatiques remplissaient des fonctions de banques centrales dans les régions déterminées, comme la New York Safety Fund et, à Boston, la Suffolk Bank.

85. Cette guerre a duré de 1861 à 1865.

86. Le montant émis fut de 450 millions de dollars.

87. Ce concept signifie que les parités des monnaies sont fixées par rapport à l'or, et ce dernier est utilisé dans les transactions internationales. La période de l'étalon-or dura de 1879 à 1933.

88. *Veazie Bank v. Feno*, 77 U.S. 533, 534 (1869).

était valide, mentionnant que le Congrès avait le pouvoir de «secure a sound and uniform currency for the country» et de «restrain by suitable enactments the circulation as money of any notes not issued under its own authority»⁸⁹. Au cours des années qui suivirent, la Cour suprême confirma la légalité du statut de cours légal de la monnaie émise par le gouvernement fédéral⁹⁰ dans une série de décisions, appelées «*legal tender cases*»⁹¹. Des années plus tard, à la suite de quelques soubresauts de l'économie⁹², une crise financière entraîna la faillite de 246 banques en 1907. Les causes de cette débâcle sont dues à une difficulté de convertir les billets de banque⁹³ et à l'absence d'une banque centrale. La Réserve fédérale américaine fut donc créée en 1913 pour devenir la seule autorité à émettre l'argent. Contrairement au Canada, l'émission de la monnaie par cette banque centrale ne mit fin à l'émission de monnaie étatique que quelques années plus tard⁹⁴.

89. *Id.*, 549.

90. *Legal Tender Act of 1862*, 12 Stat. 345 (25 février 1862); *Legal Tender Act of 1862*, 12 Stat. 532 (11 juillet 1862); *Legal Tender Act of 1863*, 12 Stat. 709 (3 mars 1863).

91. Un total de dix-sept décisions ont été rendues en ce sens. Voir notamment : *Knox v. Lee et Parker v. Davis*, 79 U.S. 457 (1870); *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. 603 (1870); *Juilliard v. Greenman*, 110 U.S. 421 (1884).

92. Ce sont, notamment, les crises économiques de 1873 et de 1893.

93. Cette difficulté est due aux dépôts bancaires du type pyramidal : les petites banques régionales déposaient leurs réserves dans des banques plus grandes situées dans des villes, et ces dernières déposaient à leur tour leurs réserves (et celles des autres banques) dans de plus grandes banques, situées dans les grandes villes. Lorsque les clients réclamaient leur argent à un moment spécifique (temps des récoltes), les banques se trouvaient à court de réserves : G. DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 498.

94. À titre d'information, notons également les mesures prises par les banques centrales des pays suivants pour s'assurer de la centralisation de l'émission de l'argent : Allemagne (Reichsbank, 1876 : la loi limitait la circulation de l'argent qui n'était pas émis par l'autorité fédérale aux seules régions précises où cet argent était émis); Australie (Commonwealth Bank of Australia, 1911 (devenue la Reserve Bank of Australia en 1959) : taxe de 10 p. 100 sur les billets de banque autres que fédéraux); Autriche (Oesterreichische Nationalbank, 1816 : droit exclusif d'émettre l'argent); Belgique (Banque Nationale de Belgique, 1850 : forte pression sur les banques commerciales pour qu'elles cessent l'émission de la monnaie); Danemark (Denmarks Nationalbank, 1818 (remplace la Kurantbanken de 1736, qui a cessé ses activités en 1813) : pouvoir exclusif d'émission de la monnaie); Finlande (Suomen Pankki, 1811 : pouvoir exclusif d'émission de la monnaie accordé en 1866); France (Banque de France, 1800 : une permission avait été accordée à trois nouvelles banques créées en 1817-1818 d'émettre de la monnaie, et à six banques supplémentaires en 1838, mais la banque centrale s'est vu octroyer le droit exclusif de battre monnaie à la suite de la révolution de 1848); Italie (Banca d'Italia, 1893 : la loi avait concentré l'émission de la monnaie auprès de six banques publiques dès 1871); Japon (Nippon Ginko, 1882 : pouvoir exclusif d'émission de la monnaie); Norvège (Norges Bank, 1816 : pouvoir exclusif d'émission de la monnaie); Pays-Bas, (De Nederlandsche Bank, 1814 : pouvoir exclusif d'émission de la monnaie); Suède

Ainsi, l'émission de la monnaie papier par l'Angleterre, le Canada et les États-Unis présente quelques similarités. D'abord, les Anglo-Saxons, en particulier dans les colonies d'Angleterre, tardèrent à imposer une monnaie commune et, lorsque cela fut tenté, l'opposition fut très forte. Cette période fut caractérisée par une pluralité d'émetteurs privés de monnaie, notamment des banques, l'escompte des billets émis par les concurrents, des situations d'inflation lorsque l'émission n'était pas contrôlée et, graduellement, une convergence vers une monnaie unique. Cette convergence fut encouragée par la décision des autorités fédérales de ces pays de créer une banque centrale qui se vit octroyer le monopole d'émission de la monnaie. Alors que le processus d'implantation de la monnaie papier fut moins laborieux en Angleterre qu'au Canada, la situation se révéla toutefois plus chaotique aux États-Unis. Ces exemples d'émission de la monnaie papier diffèrent substantiellement du contexte d'une union monétaire.

1.1.2 Les unions monétaires

Dans une zone d'union économique et monétaire, les États membres partagent une même monnaie, ce qui implique une banque centrale commune et, partant, une politique monétaire commune⁹⁵. Une telle zone sous-entend un marché commun qui favorise la libre circulation des produits et des services. Les avantages d'une monnaie commune sont multiples. Premièrement, les frais de transaction et de change sont éliminés—à l'exception de la période transitoire. Deuxièmement, une monnaie commune engendre une diminution de l'incertitude économique. Troisièmement, il existe un renforcement de la discipline et de la crédibilité de la politique monétaire⁹⁶. Quatrièmement, une monnaie commune a un impact plus large sur l'efficacité des marchés financiers. En contrepartie de ces avantages existent deux inconvénients de taille : la perte de l'indépendance de la politique monétaire et le potentiel d'une plus grande instabilité sur le

(Sveriges Riksbank, 1668 : pouvoir exclusif d'émission de la monnaie accordé en 1904) ; Suisse (Swiss National Bank, 1907 : pouvoir exclusif d'émission de la monnaie accordé en 1910). Sur cette question, voir : R.S. GOSSMAN, « Charters, Corporations and Codes : Entry Restriction in Modern Banking Law », *Financial History Review*, vol. 8, 2001, p. 107, 112-113.

95. Il est préférable que les pays soient de niveaux économiques semblables, car l'« implication for policy is that countries experiencing large asymmetric disturbances are poor candidates for forming a monetary union, because these are the countries where policy autonomy has the greatest utility » : T. BAYOUMI et B. EICHENGREEN, *One Money or Many ? Analyzing the Prospects for Monetary Unification in Various Parts of the World*, Princeton (NJ), Princeton University, 1994, p. 6.

96. C. DUPASQUIER et J. JACOB, « L'union économique et monétaire européenne : Généralités et implications », *Revue de la Banque du Canada*, automne 1997, p. 3, à la page 18.

volet macroéconomique. Comme l'expliquent Dupasquier et Jacob, l'influence de chaque État membre sur les taux d'intérêt à court terme est considérablement diminuée. Ces auteurs ajoutent que « [l]es inconvénients d'une politique économique commune sont toutefois moins prononcés si les perturbations mentionnées ont des incidences similaires sur tous les participants⁹⁷ ». Au surplus, l'impact sera atténué par un des « mécanismes internes d'ajustement très efficaces [qui] peuvent se substituer au taux de change⁹⁸ ». Dans les paragraphes qui suivent, nous examinerons l'apparition d'une monnaie commune en Afrique de l'Ouest et en Europe, et nous concluons cette section par une courte discussion sur la dollarisation.

L'implantation graduelle de la monnaie papier en Angleterre, au Canada et aux États-Unis, particulièrement durant l'époque coloniale dans ces deux derniers cas, trouve un écho en Afrique de l'Ouest, où l'utilisation du franc CFA constitue un autre exemple de convergence vers une monnaie commune⁹⁹. Il faut avant tout noter que l'histoire de la monnaie ouest-africaine est relativement récente. Avant la colonisation par les Français, plusieurs types de moyens de paiement eurent cours en Afrique de l'Ouest, soit principalement le cauris et le bloc de sel, mais également l'or, les bandes d'étoffe, le cuivre et le fer. Ce n'est qu'en 1820 qu'un premier pays africain, en l'occurrence, le Sénégal, introduisit des pièces

97. *Id.*, p. 17.

98. *Ibid.* Les économistes estiment que les pays membres pourraient ne pas constituer une zone optimale comme aux États-Unis : A. DESERRES et R. LALONDE, « Les sources des fluctuations des taux de change en Europe et leurs implications pour l'union monétaire », *Recherches économiques de Louvain*, vol. 61, 1995, p. 3, 29. En conséquence de la régulation de l'Union européenne, il faut ajouter que l'impact de l'euro sur les contrats qui existent entre les membres et les non-membres de l'Union européenne est négligeable : CE, *Règlement (CE) 1103/97 du Conseil du 17 juin 1997 fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro*, [1997] J.O. L 162/1, art. 3 : « L'introduction de l'euro n'a pas pour effet de modifier les termes d'un instrument juridique ou de libérer ou de dispenser de son exécution, et elle ne donne pas à une partie le droit de modifier un tel instrument ou d'y mettre fin unilatéralement. La présente disposition s'applique sans préjudice de ce dont les parties sont convenues. » Sur cette question, voir : N. HORN, « European Monetary Union: Legal and Institutional Aspects in their Economic and Political Setting », (1998) 2 *J.I.B.L.* 71, 76-78 ; B. SOUSI, « European Monetary, Banking and Financial Law News », [1998] 1 *R.D.A.I.* 75.

99. Il importe de noter que le franc CFA s'inscrit dans la zone franc, laquelle comprend également le franc CPF (franc du Pacifique, soit les pays du territoire français de l'Océan pacifique : Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis-et-Futuna) et le franc comorien (Union des Comores). Depuis 1999, l'euro a remplacé le franc pour évaluer la parité de ces monnaies.

de monnaie pour la première fois¹⁰⁰. À la suite de l'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises africaines en 1848¹⁰¹, le gouvernement français a institué la première banque coloniale française d'Afrique de l'Ouest en 1853, soit la Banque du Sénégal¹⁰². Celle-ci fut fondée pour indemniser les anciens propriétaires d'esclaves, les aider à payer la main-d'œuvre et à adapter leurs activités commerciales. Plus généralement, l'objectif était de stimuler l'économie et de faciliter le crédit à ces colons¹⁰³. Cette banque ainsi que les autres banques coloniales françaises qui lui ont succédé se virent octroyer un privilège exclusif d'émission de la monnaie.

Ce privilège d'émission est caractéristique de la colonisation française. En effet, la philosophie française sur cette question était d'accorder un droit de battre monnaie à une banque unique, qui était, dans les premiers temps, une banque commerciale. En ce qui concerne les banques coloniales africaines (une seule banque par région géographique), le gouvernement français y nommait le président du conseil d'administration, un contrôleur colonial pour veiller au respect des statuts, une commission de surveillance des banques coloniales et une agence centrale des banques coloniales. Cette gestion des banques et de la monnaie coloniale diffère considérablement

100. Ces pièces étaient la gourde (nom africain de l'écu), des sous et des pièces de bronze de 0,05 franc (5 centimes) et de 0,10 franc (10 centimes). Ces pièces contribuèrent à l'élimination progressive des monnaies locales dans les échanges commerciaux. Elles furent bien acceptées par les populations locales, contrairement aux billets de banque (les francs) qui eurent du mal à s'imposer. De ce fait, la diffusion des billets fut difficile parmi les populations avant 1939, car celles-ci ne connaissaient que la gourde. Voir : J. ALIBERT, *De la vie coloniale au défi international*, Paris, Chotard et associés, 1983, p. 26 ; BANQUE CENTRALE DES ÉTATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST (BCEAO), *Histoire de l'Union monétaire ouest-africaine*, t. 1, Paris, Georges Israël, 2000, p. 137-138.

101. *Décret relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises*, Bull. off. 32, n° 296 (27 avril 1848).

102. *Décret impérial qui fonde au Sénégal une banque de prêt et d'escompte*, Bull. off. 128, n° 1062 (21 décembre 1853). La Banque du Sénégal commença l'émission de billets de banque en 1855. Dans les faits, cette banque était une banque commerciale et non une banque centrale au sens courant du terme, tout comme l'étaient également la Banque de l'Algérie (pour l'Empire français en Afrique du Nord) et la Banque de l'Indochine (pour l'Asie). Plus précisément, dans le but d'éliminer les monnaies concurrentes (locales et étrangères) par rapport au franc, la France prit un certain nombre de mesures afin d'interdire les autres monnaies dans ses colonies. À partir de 1850, la France organisa l'émission du franc sous la forme de billets, en confiant le privilège d'émission à des banques privées locales. Un arrêté du 28 janvier 1907 interdisait officiellement l'encaissement des cauris en paiement aux caisses publiques : M. LEDUC, *Les institutions monétaires africaines, pays francophones*, Paris, Pedone, 1965, p. 14 ; BCEAO, *op. cit.*, note 100, p. 138. Ce n'est qu'à partir de 1939, lorsque la zone franc fut créée, que le franc CFA fut la seule monnaie à circuler : G. SEMEDO et P. VILLIEU, *La zone franc : mécanisme et perspectives macroéconomiques*, Paris, Ellipses, 1997, p. 13-14.

103. M. LEDUC, *op. cit.*, note 102, p. 19.

de l'approche britannique. En effet, comme nous l'avons mentionné plus haut, le gouvernement britannique permettait aux banques commerciales d'émettre leur propre monnaie. Ce n'est que lorsque les banques centrales apparurent qu'elles se virent octroyer ce pouvoir exclusif par le gouvernement local, que ce soit dans les territoires britanniques canadiens ou africains ou encore dans d'autres régions du monde.

La Banque de l'Afrique Occidentale prit la relève de la Banque du Sénégal et des autres pays ouest-africains en 1901, et ses pouvoirs s'étendirent à tous les territoires qui constituaient l'Afrique occidentale française et l'Afrique équatoriale française¹⁰⁴. La monnaie commune devint le franc CFA en 1945, alors créé par la France comme instrument de sa politique économique pour ses colonies africaines lorsqu'elle ratifia les accords de Bretton Woods¹⁰⁵. Le franc CFA était alors convertible à parité fixe avec le franc français¹⁰⁶. La Banque de l'Afrique Occidentale perdit son privilège d'émission de la monnaie en 1955 lorsqu'elle fut remplacée par l'Institut d'émission de l'Afrique occidentale française et du Togo¹⁰⁷. Cet institut adopta la dénomination de Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) en 1959¹⁰⁸. La BCEAO demeura en fonction lorsque l'Union Monétaire Ouest-Africaine (UMOA) fut créée en 1962¹⁰⁹. D'autres pays se joignirent à ces organismes régionaux au fil des ans. Aujourd'hui, le franc CFA est utilisé par les États membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)¹¹⁰—où il est appelé « franc de

104. *Décret du 29 juillet 1901*. En 1918, le Togo et le Cameroun se joignent à cet organisme.

105. Le franc CFA signifiait à ce moment « franc des colonies françaises d'Afrique ».

106. Le franc français fut fortement dévalué à la suite de la Seconde Guerre mondiale.

107. *Décret n° 55-103 du 20 janvier 1955 portant réforme du régime de l'émission et création de l'Institut d'émission en Afrique occidentale française et au Togo*, J.O., 25 janvier 1955.

108. *Ordonnance n° 59-491 du 4 avril 1959 relative au régime de l'émission monétaire des États de l'Afrique de l'Ouest*, J.O., 5 avril 1959.

109. *Traité constituant l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA)*, 12 mai 1962, remplacé par *Traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)*, 14 novembre 1973. À cet effet, voir : BANQUE CENTRALE DES ÉTATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST (BCEAO), « Titre VIII - Dispositions diverses – Article 24 », [En ligne], [www.bceao.int/internet/bcweb.nsf/pages/bct]; *Décret n° 63-488 du 14 mai 1963 portant publication de l'accord de coopération entre la République française et les républiques membres de l'Union monétaire ouest-africaine, signé le 12 mai 1962, et des statuts de la Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest*, (1963) *Recueil des traités et des accords de la France* 196.

110. L'UEMOA fut créée par le traité signé à Dakar le 10 janvier 1994 par les chefs d'État et de gouvernement des sept pays de l'Afrique de l'Ouest ayant en commun l'usage d'une monnaie commune, le franc CFA. Les pays membres sont le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo : BANQUE CENTRALE DES ÉTATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST (BCEAO), « Textes juridiques et

la communauté financière d'Afrique» — ainsi que par la Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale (CEMAC)¹¹¹ — où il est appelé « franc de la coopération financière en Afrique centrale »¹¹². Les perspectives d'avenir du franc CFA, et même de la zone franc, subissent l'influence de la vague de fond mondialiste. Des discussions ont lieu en vue de la création d'une monnaie commune en Afrique de l'Ouest, c'est-à-dire la fusion entre l'eco¹¹³, la monnaie commune de la Zone Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (ZMAO), soit la partie anglo-saxonne, et le franc CFA. Cette nouvelle monnaie ferait partie de la Zone Monétaire Unique (ZMU), laquelle devrait regrouper l'UEMOA et la ZMAO¹¹⁴.

Un autre exemple d'union monétaire est sans contredit la zone euro. L'adoption de l'euro par le Parlement européen a nécessité la convergence des monnaies nationales émises par des banques centrales étatiques, contrairement aux situations que nous avons vues plus haut. Cela signifie que l'euro n'a pas été conçu pour combler des lacunes de stabilité monétaire dues à une faible confiance de la population, mais principalement pour créer une union monétaire.

Le concept d'une monnaie commune européenne n'est pas nouveau, puisque déjà au XVIII^e siècle Victor Hugo avait suggéré l'idée d'une forme

dates», *Traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*, 10 janvier 1994, [En ligne], [www.bceao.int/internet/bcweb.nsf/pages/bc2] modifié par le *Traité modifié de l'UEMOA*, 29 janvier 2003, [En ligne], [www.uemoa.int/documents/TraitReviserUEMOA.pdf].

111. BANQUE DE FRANCE – EUROSISTÈME, *Traité instituant la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale N'Djamena*, le 16 mars 1994, [En ligne], [www.banque-france.fr/fr/eurosyst/zonfr/page4_2_cemac002.htm]. Les pays membres sont le Cameroun, la République centrafricaine, la République du Congo, le Gabon, la Guinée équatoriale et le Tchad.
112. Bien que la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ait pour mission de créer la monnaie commune, celle-ci est mise en œuvre sous l'égide de l'UEMOA.
113. Cette monnaie doit être mise en circulation en 2009, après avoir été planifiée à l'origine pour 2003.
114. D. GREKOU, *La zone monétaire unique d'Afrique de l'Ouest est-elle optimale ?*, rapport de recherche, Montréal, Département de sciences économiques, Université de Montréal, février 2005, p. 9, [En ligne], [papyrus.bib.umontreal.ca/dspace/bitstream/1866/256/1/a1.lg978.pdf]. Cet auteur est d'avis que l'établissement d'une monnaie commune en Afrique de l'Ouest risque d'être difficile, vu les lacunes disciplinaires de la politique monétaire, et que le choix d'une monnaie ancre, comme la livre sterling, serait plus indiquée.

de devise commune¹¹⁵. À la suite de la Seconde Guerre mondiale, plusieurs tentatives eurent lieu en vue de procéder à l'adoption d'une monnaie commune. Il fallut pourtant attendre les années 1970 pour que l'idée se concrétise. En 1971, la Communauté économique européenne (CEE) proposa un plan en trois étapes pour l'implantation d'une union économique et monétaire en 1980, mais cette tentative fut rapidement abandonnée¹¹⁶. En 1978, afin de limiter les fluctuations des taux de change et de favoriser une stabilité monétaire, la CEE adopta l'ECU — l'unité de compte européenne — peu de temps avant le Système monétaire européen de 1979¹¹⁷. Concrètement, l'ECU ne constituait pas une monnaie en soi, mais un panier de valeurs que la composition en monnaies locales rendait plus stable. Elle fut utilisée par les institutions européennes et les banques centrales pour les opérations de placement et d'endettement sur les marchés financiers¹¹⁸.

Ce n'est que vers le milieu des années 1990 que la nouvelle monnaie européenne prit forme. D'abord, l'ECU fut renommée « euro » en décembre 1995 lors du Conseil européen de Madrid¹¹⁹. Le 1^{er} janvier 1999, l'euro devint la monnaie commune parmi les États membres de l'Union européenne qui adhèrent à ce projet¹²⁰. Une période transitoire de trois ans

115. V. HUGO, « Anniversaire de la révolution de 1848 (24 février 1855) », dans V. HUGO, *Œuvres complètes*, t. 9, Paris, Club français du livre, 1967, p. 559. En critiquant la révolution de 1848, il suggère que si « l'Europe des peuples eût succédé en 1848 à l'Europe des rois », on trouverait :

[u]ne monnaie continentale, à double base métallique et fiduciaire, ayant pour point d'appui le capital Europe tout entier et pour moteur l'activité libre de deux cents millions d'hommes, cette monnaie, une, remplacerait et résorberait toutes les absurdes variétés monétaires d'aujourd'hui, effigies de princes, figures de misères ; variétés qui sont autant de causes d'appauvrissement ; car, dans le va-et-vient monétaire, multiplier la variété, c'est multiplier le frottement ; multiplier le frottement, c'est diminuer la circulation. En monnaie, comme en toute chose, circulation, c'est unité.

116. C. DUPASQUIER et J. JACOB, *loc. cit.*, note 96, 5.

117. L'ECU ne constituait en fait qu'une mesure de la valeur de la monnaie : F.A. MANN, *The Legal Aspect of Money*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 23.

118. CE, *Décision 75/250/CEE du Conseil du 21 avril 1975 relative à la définition et à la conversion de l'unité de compte européenne utilisée pour exprimer les montants des aides figurant à l'article 42 de la convention ACP-CEE de Lomé*, [1975] J.O. L 104/35.

119. CE, *Parlement, Résolution sur la réunion du Conseil européen des 15 et 16 décembre 1995 à Madrid*, [1996] J.O. C 32/82. Voir également : CE, *Commission, Proposition de règlement (CE) du Conseil concernant l'introduction de l'euro*, [1996] J.O. C 369/10.

120. Les treize membres participants de l'Union européenne étaient : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la Slovaquie. La Grande-Bretagne n'est pas membre de la zone

permet l'implantation de l'euro dans ces pays¹²¹. L'euro fut d'abord disponible en tant que monnaie scripturale pour être ensuite mis en marché sous la forme de monnaie fiduciaire, c'est-à-dire en monnaie métallique et en billets de banque¹²². À la suite de cette mise en opération et de la création en parallèle du système de compensation de fonds de grande valeur Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer (TARGET)¹²³, l'étape suivante fut l'harmonisation des paiements électroniques de consommation dans toute l'Europe. En 2002, sous l'égide de la Banque centrale européenne, 65 institutions financières d'États membres de l'Union européenne ainsi que de la Suisse, du Liechtenstein, de la Norvège et de l'Islande, créèrent le Conseil européen des paiements afin d'administrer l'«espace unique de paiement en euros» (*Single European Payment Area* (SEPA)), dans le but de concilier les transferts en devises dans cet espace économique et les règles sous-jacentes. Ainsi, cette harmonisation devait permettre de traiter les paiements transfrontaliers d'une manière domestique¹²⁴. L'importance de l'euro se reflète dans une récente étude de la Banque des règlements internationaux qui soutient que l'euro pourrait jouer le rôle de réserve monétaire (*reserve currency*) au même titre que le dollar états-unien, vu le niveau de développement des marchés financiers européens¹²⁵. L'introduction de l'euro en espèces, soit en monnaie métallique et surtout en papier-monnaie, posa plusieurs problèmes de confiance dans les premiers temps, attribuables à la nouveauté de la monnaie et à

euro. Plusieurs des nouveaux membres de l'Union européenne désirent se joindre à cette zone au cours des prochaines années : Chypre, Malte, l'Estonie et la Lettonie pour 2008, la Slovaquie pour 2009, et la Lituanie et la Bulgarie pour 2010.

121. C. DUPASQUIER et J. JACOB, *loc. cit.*, note 96, 9, 10 et 12; R.M. LASTRA, «The Independence of the European Central System of Central Banks», (1992) 33 *Harv. Int'l L.J.* 475, 502-510.
122. Plus précisément, l'euro scriptural apparut le 1^{er} janvier 1999, alors que l'euro fiduciaire fut mis à la disposition de la population le 1^{er} janvier 2002.
123. Ce projet fut implanté en 1999. Sur cette question, voir EUROPEAN CENTRAL BANK – EUROSISTEM, *Target*, [En ligne], [www.ecb.int/paym/target/html/index.en.html]; B. GEVA, *op. cit.*, note 18, n° [4.04][7], p. 4-136 - 4-144.8.
124. À ce sujet, voir: EUROPEAN CENTRAL BANK – EUROSISTEM, *Links on SEPA*, [En ligne], [www.ecb.int/paym/pol/sepa/html/index.en.html] et celui du EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL (EPC), *The European Payments Council (EPC) is the decision-making and coordination body of the European banking industry in relation to payments*, [En ligne], [www.europeanpaymentscouncil.eu/index.cfm]. Voir aussi: SWISS INTERBANK CLEARING (SIC), «SEPA: nous sommes tous logés à la même enseigne», *ClearIT*, vol. 31, mars 2007, p. 4.
125. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS), *The euro as a reserve currency, a challenge to the pre-eminence of the US dollar?* (Working Paper n° 218) par G. GALATI et P.D. WOOLDRIDGE, [En ligne], 2006, [www.bis.org/publ/work218.html].

quelques cas de contrefaçon¹²⁶. Ce phénomène est normal aux yeux des économistes¹²⁷.

Enfin, l'union monétaire et la création d'une monnaie commune comportent comme corollaire le concept de la dollarisation. Cette dernière signifie l'utilisation du dollar états-unien et de l'euro — parfois appelée « euroisation¹²⁸ » — par certains États externes aux États-Unis ou à la zone euro comme monnaie nationale ayant cours légal. La monnaie est fixée au pair (taux de change fixe) avec le dollar ou l'euro. En pratique, ce sont les États de très petite taille¹²⁹ qui utilisent la dollarisation, et ceux-ci sont souvent dépendants politiquement (colonies, départements, etc.), ou ils ont un passé colonial¹³⁰. Ce concept constitue une forme spécifique de convergence des monnaies.

En définitive, la principale caractéristique d'une union monétaire est que la création d'une monnaie se fait dans un contexte plus favorable, ce qui permet d'éviter des crises majeures d'instabilité monétaire et d'inflation. La discussion que nous avons présentée dans cette section démontre également que l'approche française, qui a consisté à instaurer rapidement une banque centrale dans les colonies, contrairement à l'approche anglo-

126. Voir: C. PRUDHOMME, « Les ratés de la formation des personnels au maniement des euros », *Le Monde*, 2 novembre 2001, p. 14. À ce sujet, voir généralement le cahier spécial sur l'euro dans le journal *Le Monde*, en date du 23 novembre 2001.

127. J.-M. SERVET, « How Can European Users and Consumers have Confidence in the Euro? Six Socio-Economic Hypothesis », *Journal of Consumer Policy*, vol. 22, 1999, p. 7. L'Europe a adopté plusieurs mesures pour empêcher la contrefaçon des euros. Voir: CE, *Règlement (CE) 1338/2001 du Conseil du 28 juin 2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage*, [2001] J.O. L 181/6; CE, *Règlement (CE) 1339/2001 du Conseil du 28 juin 2001 étendant les effets du règlement (CE) 1338/2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage aux États membres qui n'ont pas adopté l'euro comme monnaie unique*, [2001] J.O. L 181/11. Pour plus ample information sur cette question, voir: EUROPA – ACTIVITÉS DE L'UNION EUROPÉENNE, *Mesures de protection de l'euro contre le faux monnayage*, 28 novembre 2006, [En ligne], [europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l33136.htm].

128. En fait, la « dollarisation » est un terme générique qui englobe l'euroisation, notamment.

129. Ces États totalisent environ 100 000 habitants chacun. Seulement 7 États comptent plus de 1 million d'habitants; au total, les 51 pays ont 18,5 millions d'habitants.

130. À titre d'exemple, environ 15 États utilisent le dollar états-unien (USD): Bermudes, Équateur, El Salvador (*colón*), Panama, Puerto Rico, notamment; environ 13 pays utilisent l'euro (EUR), comme Andorre, Monaco, le Vatican, le Kosovo et le Monténégro; enfin, quelques États utilisent d'autres monnaies de référence, soit le dollar australien (AUD), comme Nauru, le franc suisse (CHF), comme le Liechtenstein ou la livre sterling (GBP), comme Jersey et Gibraltar.

saxonne, a contribué à limiter, dans une certaine mesure, les problèmes monétaires.

1.2 L'historique de la monnaie électronique de première génération

La monnaie électronique diffère de la monnaie métallique et de la monnaie papier par sa nature scripturale, puisqu'elle existe sous une forme intangible dans une base de données. Le transfert électronique de fonds — par ordre de transfert directement à la banque ou par carte de débit — permet l'échange de données d'un compte bancaire à un autre, tandis que la carte de crédit constitue un intermédiaire de paiement. Celle-ci comprend une marge de crédit et une autorisation est habituellement demandée lors de chaque utilisation. Elle diffère substantiellement de la carte à mémoire, car cette dernière incorpore les fonds dans une puce électronique, ce qui ne nécessite aucune demande d'autorisation. La carte à mémoire peut donc constituer une forme de monnaie électronique.

Le profil d'implantation de ces instruments de paiement s'inspire de la monnaie traditionnelle. Nous analyserons d'abord les transferts électroniques de fonds, car ils sont essentiels à la compréhension des autres formes de paiements électroniques (1.2.1). Par la suite, nous étudierons les cartes de paiement pertinentes relativement à notre analyse, soit les cartes de crédit et les cartes à mémoire. Précisons que la contrefaçon des produits innovateurs de même que les fusions et les acquisitions d'entreprises ont favorisé la convergence de ces instruments vers une sorte d'oligopole. Nous omettrons les cartes de débit, car celles-ci sont émises par chacune des banques, et il ne peut y avoir plusieurs émetteurs pour chaque banque, ni un émetteur unique pour toutes les banques, comme pour les billets de banque (1.2.2).

1.2.1 Les transferts électroniques de fonds

« If, in 1984, every computer in the world had mysteriously disappeared, the banking system might have survived the shock. In 1994, it would collapse¹³¹. » Ce commentaire du professeur Reed reflète bien de quelle manière le système bancaire est dépendant des technologies. Comme nous l'avons démontré plus haut, chaque étape de l'histoire de la monnaie se caractérise par la mise au point de divers mécanismes de paiement qui convergent au fil du temps vers un nombre de plus en plus restreint de solutions, jusqu'à ce qu'une seule d'entre elles s'impose, que ce soit par les

131. C. REED, « Introduction », dans J.J. NORTON, C. REED et I. WALDEN (dir.), *Cross-Border Electronic Banking: Challenges and Opportunities*, Londres, Lloyd's of London Press, 1995, p. vii.

forces du marché ou par une intervention étatique. Par rapport à cette trame d'évolution de la monnaie, l'émergence de la monnaie électronique présente à la fois des facettes très similaires et de nouveaux questionnements.

La monnaie scripturale se définit comme une entrée comptable dans un compte bancaire. Il pourrait même être avancé que le crédit compris dans une carte à mémoire constitue de la monnaie fiduciaire¹³². En ce qui concerne l'argent détenu dans un compte bancaire, le paiement s'effectue soit par un retrait en argent comptant au comptoir, soit par un effet de commerce, ou encore par un virement bancaire. Le cas échéant, le virement peut prendre la forme d'un paiement au moyen d'un retrait par carte de débit ou d'un transfert de compte à compte. Bien que ce ne soit pas toujours le cas, le paiement exécuté par un virement bancaire, aussi appelé « transfert électronique de fonds », suppose une compensation et un règlement interbancaires par l'entremise d'une chambre de compensation.

Les transferts électroniques de fonds tirent leurs origines de l'inauguration du câble transatlantique entre Terre-Neuve et l'Irlande en 1866¹³³, soit près de 30 ans après l'invention du télégraphe en 1839. Les économistes Friedman et Schwartz soulignent que ce câble transatlantique a permis que des transferts électroniques de fonds soient transmis entre New York et Londres pour neutraliser les fluctuations du prix du *greenback* contre le prix de l'or¹³⁴. En 1871, la compagnie Western Union crée la Western Union Money Transfer, division destinée à réaliser des transferts de fonds par câble, lesquels constituent sa principale activité¹³⁵. Les transferts par câble continuèrent durant les années suivantes, jusqu'à la mise en œuvre de la Réserve fédérale américaine en 1913. La création de cette banque centrale eut un effet très important sur les transferts de fonds par câble et la compensation interbancaire. Dès ce moment, la Réserve fédérale

132. Dans le projet Mondex, le crédit compris dans la carte est considéré comme de l'argent liquide, car la carte contient de la monnaie retirée du compte de banque au même titre qu'un retrait en espèces.

133. TASK FORCE ON STORED-VALUE CARDS, « A Commercial Lawyer's Take on the Electronic Purse: An Analysis of Commercial Law Issues Associated with Stored-Value Cards and Electronic Money », (1997) 52 *Bus. Law.* 653, 667.

134. Plus précisément, le début des opérations de transferts de fonds par câble ne fait pas l'unanimité; certains auteurs allèguent que le début de ces opérations est survenu quelques mois à peine à la suite de la mise en fonction du câble, alors qu'un autre auteur croit que le début a eu lieu en 1879: M. FRIEDMAN et A. JACOBSON SCHWARTZ, *A Monetary History of the United States, 1867-1960*, Princeton, University Press, 1963, p. 26. En fait, de 1840 à 1918, les taux de change du dollar états-unien entre les villes variaient selon une fourchette établie par le coût de transport de l'or ou de la devise: WESTERN UNION, *History*, [En ligne], [www.westernunion.com/history.html].

135. WIKIPÉDIA, *Western Union*, [En ligne], 2007, [en.wikipedia.org/wiki/Western_Union].

fut organisée en douze succursales de la banque centrale¹³⁶, reliées entre elles par télégraphe et par téléphone. Ces succursales se transmettaient les montants dus par la compensation interbancaire par câble à partir de 1918 en utilisant un système télégraphique en code morse, ce qui permettait ainsi une compensation quotidienne et non plus hebdomadaire¹³⁷. Cette compensation multilatérale élimina presque entièrement le coût des paiements entre les villes. Au fil du temps, ces transmissions par câble furent affublées du surnom « Fedwire » et les transferts de fonds qui transitaient de cette manière ont pris le nom de « transferts par câble » (généralement connus sous le vocable de « *wire transfers* »)¹³⁸. Au cours des décennies qui suivirent, ces transferts par câble évoluèrent vers des transferts par télex. Les transferts télégraphiques demeurèrent en activité jusqu'au début des années 1970, alors que Fedwire, ainsi que le nouveau réseau Clearing House Interbank Payments System (CHIPS), créé en 1970, privilégia l'utilisation de « lignes dédiées » (circuit fermé). Depuis ce temps, ces systèmes ont subi plusieurs améliorations techniques pour toujours se tenir à la fine pointe de la technologie.

Parallèlement à ces premiers développements des transferts électroniques de fonds, un nouveau volet dans le développement des paiements électroniques voit le jour : les paiements électroniques de consommation. Nous examinerons d'abord l'évolution des cartes de crédit et, par la suite, l'implantation des cartes à mémoire.

136. *Federal Reserve Act*, 38 Stat. 251, 12 U.S.C. § 221. Cette structure organisationnelle est demeurée la même depuis ce temps. Les douze banques sont : la Réserve fédérale d'Atlanta, la Réserve fédérale de Boston, la Réserve fédérale de Chicago, la Réserve fédérale de Cleveland, la Réserve fédérale de Dallas, la Réserve fédérale de Kansas City, la Réserve fédérale de Minneapolis, la Réserve fédérale de New York, la Réserve fédérale de Philadelphie, la Réserve fédérale de Richmond, la Réserve fédérale de San Francisco et la Réserve fédérale de St. Louis.

137. FEDERAL RESERVE BANK OF NEW YORK, *Fedwire*, [En ligne], [www.ny.frb.org/pihome/fedpoint/fed43.html].

138. TASK FORCE ON STORED-VALUE CARDS, *loc. cit.*, note 133, 667. De nos jours, l'expression anglaise « *wire transfer* » est encore usitée, mais elle fait référence à des paiements électroniques de grande valeur (plus de 50 000 dollars américains). En français, le terme « câble » est devenu caduc et a été remplacé par « transfert électronique de fonds de grande [ou de moindre] valeur ».

1.2.2 Les cartes de paiement

Au début du xx^e siècle, un nouveau système de paiement était en gestation aux États-Unis¹³⁹ : la carte de crédit¹⁴⁰. La première carte de paiement—non pas plastifiée, mais métallique¹⁴¹—fut émise en 1914 par Western Union¹⁴². Quelques années plus tard, Sears, Roebuck & Co. utilisa «un support normalisé pour gérer les informations concernant ses clients bénéficiant d'une ligne de crédit¹⁴³». Ce sont surtout les cartes émises par les pétrolières qui jouèrent un rôle précurseur dans le développement des cartes de crédit, bien que les premières cartes fussent principalement des cartes de courtoisie. En 1924, la compagnie californienne General Petroleum Co. (Mobil Oil) émit la première carte de crédit aux États-Unis¹⁴⁴. Des compétiteurs suivirent par la suite, comme Esso en 1935 et Standard Oil of Indiana en 1939, ainsi que certains grands magasins, comme Retail Service Bureau of Seattle en 1936 et des chaînes hôtelières, comme Westin en 1946¹⁴⁵. Ces cartes étaient bilatérales, c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient être utilisées que chez une succursale de l'émetteur, à moins d'une entente contraire. Après la Seconde Guerre mondiale, des institutions financières états-uniennes é mirent la carte de crédit du type bilatéral pour des raisons d'utilité et de divertissement.

139. Les États-Unis sont le berceau de la carte de crédit. Notre discussion se concentre principalement sur ce pays.

140. L'expression «carte de crédit» a été introduite par l'écrivain et avocat Edward Bellamy dans son roman de 1887, *Looking Backward: 2000-1887*, Toronto, W. Bryce, 1887 (réédité plusieurs fois par la suite). Il emploie également l'expression «carte de crédit» à de nombreuses reprises dans un autre roman, intitulé *Equality*, Toronto, G.N. Morang, 1897. Dans cette histoire de science-fiction, le personnage principal se réveille en l'an 2000, dans une société dont le principal mécanisme de paiement est la carte de crédit... : WIKIPÉDIA, *Credit Card History*, [En ligne], 2007, [en.wikipedia.org/wiki/Credit_card]; AMERICAN WORD ORIGINS – ANSWERS.COM, *Credit Card*, [En ligne], 2007, [www.answers.com/credit%20card].

141. Les premières cartes de crédit n'avaient pas le format que l'on connaît aujourd'hui, lequel est soumis à la norme ISO 7810 (catégorie ID-1). Ces cartes étaient métalliques et les premières avaient la forme des plaques d'identité militaires (*dog tags*). D'autres cartes étaient en papier, comme les premières cartes pétrolières. Les premières cartes de Diners Club étaient en carton, alors que la carte en plastique a été imposée par la carte Amex en 1957. L'embossage de la carte est apparu quelques années plus tard.

142. WESTERN UNION, *History*, [En ligne], [www.westernunion.com/history.html].

143. C. DRAGON, D. GEIBEN et G. NALLARD, *La carte et ses atouts*, Paris, Revue Banque Édition, 2002, p. 13.

144. N. L'HEUREUX, É. FORTIN et M. LACOURSÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, n° 3.3, p. 606-607.

145. AMERICAN HOTELS & LODGING ASSOCIATION, *History of Lodging*, [En ligne], 2007, [www.ahla.com/products_lodging_history.asp].

Une révolution majeure dans les cartes de crédit se produisit lorsque les nouvelles cartes multilatérales furent introduites sur le marché. En 1947, John C. Biggins, banquier new-yorkais de la Flatbush National Bank of Brooklyn et spécialiste du crédit à la consommation, lança un système de crédit nommé «Charg-It», lequel était très localisé autour de sa banque. Le succès de cette entreprise fut repris par la Paterson Savings and Trust Company of Paterson, au New Jersey, en 1950¹⁴⁶. En 1949, les émetteurs découvrirent le potentiel de ce marché. Cette année-là, Diners Club apparut sur le marché en créant la première carte universelle, la «Diners Club Card». Les trois hommes d'affaires à l'origine de cette idée, Bloomingdale, McNamara et Snyder, avaient flairé le potentiel du crédit à la consommation¹⁴⁷. Les débuts de cette aventure furent relativement calmes, mais le succès est vite apparu¹⁴⁸. Cette carte d'origine new-yorkaise visait d'abord le marché de la restauration pour s'intégrer par la suite dans d'autres marchés très lucratifs, comme le secteur hôtelier. Bloomingdale se dissocia rapidement de l'entreprise et créa sa compagnie, Dine and Sign, mais, après quelque temps et voyant le succès de Diners Club, il fusionna son entreprise avec celle de McNamara et de Snyder, ce qui a constitué la première convergence dans le paiement par carte¹⁴⁹. La carte Diners Club était une carte de paiement et non de crédit, car elle ne prévoyait aucun terme de paiement, mais un pourcentage sur les ventes par le commerçant—7 p. 100 au début, ce taux étant régulièrement modifié par la suite. Devant le déclin progressif de son entreprise en raison de la concurrence de BankAmericard et de MasterCharge, Diners Club fut vendue à Citibank en 1980.

146. L. MANDELL, *The Credit Card Industry: A History*, Boston (Ma), G.K. Hall & Co., 1990, p. 26.

147. La section historique de la vitrine Internet du Diners Club Canada rapporte l'anecdote suivante au sujet de la création de la carte Diners Club. En 1949, Frank McNamara, homme d'affaires de son état, dîne au chic Major's Cabin Grill de New York. À la fin du repas, il se rend compte qu'il a oublié son portefeuille. C'est donc sa femme qui règle l'addition, mais il se promet bien de ne plus jamais subir un tel embarras. Il est possible que si McNamara eut possédé une carte de crédit, elle soit également demeurée dans son portefeuille (qui avait été oublié à la maison), mais l'histoire est silencieuse à propos de cette hypothèse... En février 1950, McNamara et son associé, Ralph Schneider, retournent dîner ensemble au Major's Cabin Grill. À la fin du repas, McNamara sort sa carte Diners Club, signe un bordereau d'achat et règle ainsi l'addition. Un nouveau mode de paiement est né... Sur cette anecdote, voir : DINERS CLUB INTERNATIONAL, *Diners Club History, Overview and Timeline*, [En ligne], 2007, [www.dinersclub.com/dce_content/aboutdinersclub/companyhistory]; D.H. MAFFLY et A.C. McDONALD, «The Tripartite Credit Card Transaction: A Legal Infant», (1960) 48 *Cal. L. Rev.* 459, 461.

148. Selon Mandell, le premier mois d'activité aurait rapporté 2 000 dollars de revenus, ce qui signifiait un profit de 140 dollars (7 p. 100)... Dès les mois suivants, les revenus se chiffèrent au-dessus de 250 000 dollars : L. MANDELL, *op. cit.*, note 146, p. 4.

149. *Id.*, p. 1-10.

Sur la foi du succès de la carte Diners Club, d'autres cartes furent émises au cours des années suivantes. En 1951, la Franklin National Bank de New York émit une carte de crédit sur une base régionale¹⁵⁰. La compagnie American Express (Amex) misa sur une carte de paiement tripartite en 1958¹⁵¹. En réponse à cette carte de prestige, la chaîne hôtelière Hilton émit la Carte Blanche en 1959¹⁵². Cette carte fut cédée rapidement à la Citibank au cours des années suivantes et, après s'en être départie, cette banque en fit à nouveau l'acquisition en 1979 pour la retirer du marché à la fin des années 1980. Carte plus prestigieuse qu'Amex et Diners Club, la Carte Blanche fut la première à être émise sous la forme de «carte or». L'entreprise Diners Club, filiale de Citibank au même titre que Carte

150. *Id.*, p. 29; S. RHODE, *The History of Credit & Debt: History of Credit Card*, 2007, [En ligne], 2007, [www.myvesta.org/history/history_creditcard.html]; M. BELLIS, *Who Invented Credit Card?*, [En ligne], 2007, [inventors.about.com/od/cstartinventions/al/credit_cards.html]. Après une année de mise en marché, la carte Diners Club, qui coûtait la somme de 3 dollars annuellement, était détenue par 35 000 titulaires et acceptée par 285 établissements: L. MANDELL, *op. cit.*, note 146, p. 26.

151. La première carte de crédit d'Amex apparut en 1987. Il est intéressant de noter que la compagnie American Express fut d'abord conçue comme une entreprise de transport lors de sa création en 1850 à New York. Au fil des ans, elle s'est mise à transporter des produits financiers, tels des certificats d'actions, des billets, des devises, etc. Elle prit un virage financier en 1882 lorsqu'elle est devenue une entreprise d'émission de traites (*money order*) et de chèques de voyage. Le succès et la réputation de cette entreprise tiennent surtout à ce virage. Elle ouvrit des succursales en Europe à partir de la fin du XIX^e siècle. À la suite de la grande dépression de 1929, de graves problèmes financiers la forcèrent à être acquise par Chase, mais celle-ci dut s'en départir en 1993, tant en raison de la *Glass-Steagall Act*, c. 58, 47 Stat. 56 (27 février 1933), qui séparait les activités des banques de dépôt et des banques d'investissement, que de la *McFadden Act*, c. 191, 44 Stat. 1224 (25 février 1927), qui empêchait les réseaux bancaires interétatiques. Elle servit même d'intermédiaire pour transmettre de l'argent, et d'autres biens, aux prisonniers de guerre britanniques et états-unis détenus dans des camps au cours de la Seconde Guerre mondiale. Au cours des années 1950, les affaires étaient très florissantes, notamment pour le marché de la consommation. À ce moment, le conseil d'administration prit la décision d'émettre une carte de crédit, malgré quelques divergences quant à la possibilité de cannibalisme à l'égard des chèques de voyage. Au fil des années 1970 et 1980, il y eut quelques acquisitions et une répartition des activités de l'entreprise. Vers les années 1990, Amex se vit aux prises avec le Boston Fee Party, sorte de révolution menée par des marchands bostonnais, dont de nombreux restaurateurs, en raison des frais très élevés imposés par les émetteurs de cartes de crédit. Un des directeurs administratifs de l'entreprise mentionna, quelque temps plus tard, que, «[i]f not for the strength of our brand name, American Express would have collapsed by the late 1980s». Voir: AMERICAN EXPRESS - ABOUT US, «Our History», *Becoming American Express: 150+ Years of Reinvention and Customer Service*, [En ligne], 2007, [home3.americanexpress.com/corp/os/history.asp].

152. E.E. BERGSTEN, «Credit Cards – A Prelude to the Cashless Society», (1966-67) 8 *B.C.L. Rev.* 485.

Blanche, décida d'émettre la carte «Diners Club Carte Blanche» en 2000 pour convoiter la tranche supérieure du marché qu'occupait Amex par sa carte Platinum. En 2004, Diners Club s'est jointe à MasterCard.

En 1958, la Bank of America et Chase Manhattan s'attaquèrent au marché national en émettant la carte de crédit BankAmericard, qui constitue l'ancêtre de la première carte «Visa¹⁵³». La BankAmericard demeura localisée en Californie, lieu de sa création, jusqu'en 1966. Des licences furent octroyées à ce moment-là à d'autres banques situées à l'extérieur de la Californie. En 1970, l'entreprise National BankAmericard Inc. fut formée par des émetteurs de la carte BankAmericard. L'International Bankcard Company (IBANCO) fut créée pour administrer la carte BankAmericard en 1974. En 1976, IBANCO se transforma en Visa International, tandis que National BankAmericard Inc. devint Visa U.S.A. Cette carte apparut au Canada en 1968 sous le nom de «Chargex» lors de son émission par la Banque Toronto-Dominion, la Banque Canadienne Impériale de Commerce (CIBC), la Banque Canadienne Nationale et la Banque Royale. Elle s'étendit à l'ensemble du Canada en 1971. La carte Chargex adhéra à Visa en 1977. En 1986, Visa fut remplacée par Visa International.

Ainsi, les années 1950 virent le développement de deux types de cartes de crédit universelles, ou tripartites : les cartes de style divertissement (*Travel & Entertainment* ou *T&E cards*), soit les cartes Diners Club, Carte Blanche et American Express, et la carte bancaire BankAmericard.

Le succès de la carte BankAmericard favorisa la création d'une seconde carte majeure aux États-Unis, l'Interbank Card Association, fondée conjointement en 1966 par l'United California Bank, la Crocker National Bank, la Wells Fargo Bank et la Bank of California. Dès 1967, ces banques californiennes, la First National Bank of Louisville (Kentucky) la Marine Midland Bank (New York) et l'Interbank Card Association créèrent la «Master Charge: The Interbank Card». Cette carte fut la première à être émise par une association de banques. Elle s'étendit à l'extérieur des États-Unis dès 1968, notamment au Mexique, au Japon et en Europe. Elle devint la carte MasterCharge en 1969, alors que la California Bank Association, titulaire de la licence du nom, se joignit à l'Interbank Card Association. Elle devint une des cartes maîtresses aux États-Unis et adopta le nom de MasterCard en 1979. Elle prit le nom de MasterCard International en 2002, après une fusion avec Europay International, et le nom

153. VISA, *History*, [En ligne], 2007, [www.usa.visa.com/about_visa/about_visa_usa/history.html].

de MasterCard Worldwide en 2006¹⁵⁴. Au Canada, la carte MasterCard apparut en 1973 et elle fut alors adoptée par la Banque de Montréal et la Banque Provinciale¹⁵⁵.

D'autres institutions financières ont tenté de lancer des cartes de crédit sous d'autres bannières que ces grands émetteurs. À titre d'exemple, Citibank émit la carte «Choice» en 1977 afin de concurrencer ces derniers. L'arrivée de la carte «Discover», émise par Sears en 1985¹⁵⁶, fut décisive dans la décision de Citibank d'abandonner sa carte Choice et de se joindre à Visa¹⁵⁷. La carte Discover fut cédée à l'entreprise de services financiers Dean Witter en 1993, qui la transmet par la suite à Morgan Stanley en 1997. À la fin des années 1990, Visa et MasterCard tentèrent d'empêcher leurs membres d'émettre d'autres sortes de cartes de crédit, ce qui porta préjudice à la carte Discover. La Cour d'appel fédérale jugea que ces grands émetteurs violaient la *Sherman Antitrust Act*¹⁵⁸ et permit à Discover de conclure des ententes avec des émetteurs potentiels¹⁵⁹. Discover est maintenant la quatrième de carte de crédit aux États-Unis, et elle est présente dans d'autres pays.

En France, la célèbre «Carte Bleue» apparut en 1967 lorsque des banques se regroupèrent en consortium pour mettre sur le marché cette carte de paiement¹⁶⁰. Ce consortium devint le Groupement Carte Bleue en 1972, lequel se joignit au groupe BankAmericard en 1973 et à Visa en 1976¹⁶¹.

154. Notons par ailleurs que Europay, MasterCard et Visa se sont regroupées pour former l'entité EMV, destinée à standardiser les mesures de sécurité des cartes.

155. *National Bank of Canada v. Interbank Card Association*, 666 F.2d 6, 7 (2d Cir. 1981).

156. WIKIPÉDIA, *Discover Card*, [En ligne], 2007, [en.wikipedia.org/wiki/Discover_Card].

157. M.J. WILLIAMS, «The Great Plastic Card Fight Begins...», *Fortune Magazine*, 4 février 1985, [En ligne], [money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/1985/02/04/65549/index.html]; WIKIPÉDIA, *Choice (Credit Card)*, [En ligne], 2007, [en.wikipedia.org/wiki/Choice_%28credit_card%29].

158. *Sherman Antitrust Act*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. § 1 (1890).

159. *In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litigation*, 280 F.3d 124 (2nd Cir. (N.Y.), 2001), demande en certiorari à la Cour suprême refusée: *Visa U.S.A. Inc. v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 536 U.S. 917 (2002). Par la suite de ce jugement, les parties se sont entendues à l'amiable: *In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litigation*, 297 F.Supp.2d 503 (E.D.N.Y. 2003). Voir: A.B. CRENSHAW, «Visa, MasterCard Lose Supreme Court Appeal», *Washington Post*, 5 octobre 2004, p. E05, [En ligne], [www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A7038-2004Oct4.html].

160. Ces banques sont: la BNP, le CCF, le Crédit du Nord, la CIC, le Crédit lyonnais et la Société générale.

161. Pour de l'information sur la Carte Bleue, voir SAS CARTE BLEUE, *Carte bleue Visa*, [En ligne], [www.carte-bleue.com].

Au Canada, la carte « en Route » fut émise par Air Canada vers 1978. Cette carte bilatérale fut rapidement transformée en carte tripartite, ce qui lui permit d'être acceptée dans plusieurs types de commerce. En 1989, elle fut la première carte à émettre des points bonis lors d'un achat par son célèbre système « Aeroplan ». Cette carte fut vendue à Diners Club en 1992. À des fins commerciales, elle fut mise en marché au Canada sous le nom de « Diners Club/en Route » et, de nos jours, elle existe sous les deux appellations.

Enfin, nous ne pouvons passer sous silence le phénomène récent qui consiste de la part d'entreprises commerciales à tenter de pénétrer le marché lucratif que représentent les cartes de crédit. Au Canada, trois nouvelles banques ont obtenu une charte bancaire de l'Annexe I depuis 2002 dans le but d'émettre des cartes de crédit tripartites, soit la Banque Sears, la Banque Le Choix du Président et la Banque Canadian Tire. La Banque Sears fut cédée en 2005 à JPMorgan Chase & Co.¹⁶². Plus récemment, l'entreprise états-unienne Wal-Mart a indiqué son intention d'ouvrir une banque pour effectuer les paiements interentreprises, mais ce projet est fortement contesté, à juste raison selon nous¹⁶³. Les craintes proviennent principalement de ce que l'entreprise Wal-Mart pourrait envahir le marché de la consommation et nuire à l'équilibre sur le marché des services financiers, vu le très grand nombre de succursales dont elle dispose. La Californie lui a déjà refusé ce droit en 2002 et l'Utah a imposé un moratoire sur la question en 2005¹⁶⁴. En 2006, Wal-Mart a indiqué songer à offrir des services financiers au Canada, mais sans préciser si elle désirait ouvrir une banque¹⁶⁵. Au début de 2007, Wal-Mart a lancé la carte de crédit « Wal-Mart Discover » en collaboration avec GE Consumer Finance¹⁶⁶, cette carte étant exploitée par GE Money Bank.

162. Avis : Banque Sears Canada, (2005) 139 Gaz. Can. I, 3436. Voir également : M. VALLIÈRES, « Sears vend ses cartes de crédit pour 2,2 milliards », *La Presse [de Montréal]*, 1^{er} septembre 2005, p. S5.

163. « Banque Wal-Mart : Du sable dans l'engrenage », *La Presse [de Montréal]*, 13 mars 2006, p. S6.

164. R. GEHRKE, « Moratorium Decision Delays Wal-Mart Bank in Utah Decision », *Salt Lake Tribune*, 31 janvier 2007, [En ligne], [www.sltrib.com].

165. « Wal-Mart dans les Services Financiers », *La Presse [de Montréal]*, *La Presse Affaires*, 1^{er} novembre 2006, p. 10.

166. W. ZELLNER, « Wal-Mart : Your New Banker ? », *BusinessWeek Online*, 7 février 2005, [En ligne], [www.businessweek.com/magazine/content/05_06/b3919046_mz011.htm].

Après avoir réglementé le crédit à la consommation à partir de la fin des années 1960¹⁶⁷, le législateur états-unien a réagi rapidement à l'arrivée des cartes de crédit. Le Congrès a créé la National Commission on Electronic Fund Transfers¹⁶⁸ en 1974 pour étudier les aspects juridiques des transferts électroniques de fonds, laquelle a mené à l'adoption de l'*Electronic Fund Transfer Act* de 1978¹⁶⁹.

De son côté, le législateur québécois a réagi rapidement à l'arrivée des cartes de crédit en sol québécois. La première version de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁷⁰ sanctionnait l'émission de cartes de crédit non sollicitées pour éviter les cas de surendettement et de fraude¹⁷¹. Cette disposition a été reprise dans la loi de 1978¹⁷². En 2006, le législateur a renforcé la protection des consommateurs en acceptant la rétrofacturation pour les achats à distance¹⁷³.

Les derniers développements de l'informatisation des paiements par carte prennent la forme de deux instruments distincts : la carte à mémoire — aussi appelée « carte à puce¹⁷⁴ » — et la carte de débit. La carte

167. *Consumer Credit Protection Act*, 15 U.S.C. c. 41. Cette loi contient plusieurs lois spécifiques, dont : *Truth in Lending Act*, Pub. L. n° 90-321, § 102-307e, 15 U.S.C. § 1601-1677e (1968); *Fair Credit Reporting Act*, Pub. L. n° 90-321, § 602-622t, 15 U.S.C. § 1681-1681t (1968); *Equal Credit Opportunity Act*, Pub. L. n° 90-321, § 701-707f, 15 U.S.C. § 1691-1691f (1968).

168. *Fair Credit Billing Act*, Pub. L. n° 93-495, 88 Stat. 1508, 12 U.S.C. § 2401 et suiv. (1974).

169. *Electronic Fund Transfer Act*, Pub. L. n° 95-630, 92 Stat. 3728, 15 U.S.C. § 1693-1693r (1978). Pour de plus amples informations sur l'historique, voir : D.I. BAKER, R.E. BRANDEL et J.H. PANNABECKER, *The Law of Electronic Fund Transfer Systems: Legal and Strategic Planning*, Arlington (Va), A.S. Pratt & Sons, 12.03, p. 12-24 - 12-28; R.E. BAKER et E.A. OLIFF, « The Electronic Fund Transfer Act: A Primer », (1979) 40 *Ohio St. L.J.* 531, 538-540.

170. *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1971, c. 74.

171. Au Canada, le premier cas rapporté de fraude d'une carte de crédit est le suivant : *Imperial Oil Ltd. v. Hough*, (1957) 11 D.L.R. (2d) 440 (Alta. S.C.).

172. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.C., c. P-40.1, art. 120. Sur cette question, voir : *Banque Nationale du Canada c. De Billy*, [1996] A.Q. n° 1661 (C.Q.).

173. *Id.*, art. 54.14-54.16, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, c. 56, art. 5.

174. L'analyse détaillée des cartes à puce ne fait pas partie de la présente étude. Toutefois, pour plus de détails à ce sujet, voir généralement : TASK FORCE ON STORED-VALUE CARDS, « A Commercial Lawyer's Take on the Electronic Purse: An Analysis of Commercial Law Issues Associated with Stored-Value Cards and Electronic Money », (1997) 52 *Bus. Law.* 653; S. CHINOY, « Electronic Money in Electronic Purses and Wallets », (1997) 12 *B.F.L.R.* 15; BANQUE DU CANADA, *The Electronic Purse – An Overview of Recent Developments and Policy Issues* (rapport technique n° 74), par G. STUBER, janvier 1996, p. 1, [En ligne], [www.bankofcanada.ca/en/res/tr/1996/tr74-e.html].

à mémoire désigne une carte plastifiée qui contient une puce électronique (microprocesseur) incorporée et destinée à recevoir la monnaie électronique d'un montant d'environ 100 dollars¹⁷⁵. Cette monnaie apparaît « sous la forme d'un registre électronique des montants d'argent tenus généralement dans un grand livre numérique pouvant être débité et crédité¹⁷⁶ ». La carte à mémoire aspire à se substituer à l'argent liquide. Elle est utilisée pour les achats de faible valeur — restaurants, transports en commun, parcomètres ou machines distributrices. Les origines de la carte à mémoire utilisable de façon généralisée — tripartites ou multipartites — sont incertaines¹⁷⁷, disputées entre des inventeurs allemands qui déposèrent un brevet en 1969, un inventeur japonais et un inventeur états-unien qui déposèrent un brevet en 1970, et un inventeur français qui déposa 47 brevets dans onze pays en 1974¹⁷⁸. La carte a été perfectionnée au cours des années suivantes. Elle fit l'objet d'un premier essai en 1981 par le Groupement d'intérêt économique (GIE) et, lorsque ce dernier fut cédé au Groupement des Cartes Bancaires (CB) en 1984¹⁷⁹, elle fut généralisée à partir de 1992. Ces cartes sont très sécuritaires, grâce à leur utilisation de la cryptographie, ce qui permet d'assurer l'identification de chaque titulaire¹⁸⁰. Elles peuvent être utilisées en milieu fermé ou ouvert¹⁸¹.

175. Certaines cartes permettent un retrait maximal de 500\$.

176. N. L'HEUREUX, É. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, *op. cit.*, note 144, n° 3.58, p. 723.

177. Depuis les années 1980, les universités utilisent couramment les cartes à puce à des fins très limitées: J. REINEARSON, «ATMs and Smart Cards: An Uncertain Future», *Electronic Banking Law & Commerce Report*, vol. 2 (5), 1997, p. 16.

178. WIKIPÉDIA, *Carte à puce*, [En ligne], 2007, [fr.wikipedia.org/wiki/Carte_%C3%A0_puce]. Il semble que Roland Moreno ait créé une carte à circuit intégré dans l'espoir de la loger sur une bague!

179. Le Groupement des Cartes Bancaires CB – aussi connu sous le nom de CIE Cartes Bancaires – représente un consortium de banques françaises voué à promouvoir l'interbancaire. Cette entreprise est liée au Groupement Carte Bleue, ou GIE Carte Bleue, émettrice de la Carte Bleue depuis 1972. La Carte Bleue a toutefois été créée par BNP, CCF, Crédit du Nord, CIC, Crédit Lyonnais et Société Générale dès 1967.

180. *Supra*, note 174.

181. Dans le premier cas, la carte est fournie par un émetteur unique pour une seule utilisation. La seconde situation se retrouve lorsque la carte est utilisée pour une variété de transactions mettant en jeu divers bénéficiaires. Plus précisément, les cartes à puce fonctionnant dans un environnement ouvert sont caractérisées par un modèle à utilisateurs multiples. Dans ce système, «the issuers adopt a common technology for cards [...] establish a distribution network, and arrange for a mechanism for settlement». Typiquement, ces cartes sont conçues pour une utilisation lors de transferts à des points de vente. À l'opposé, les cartes émises dans des systèmes fermés sont caractérisées par une seule fonction intrinsèque et sont également fournies par un seul émetteur, telles les cartes à puce téléphoniques: T.C. BAXTER, «Electronic "Checks" and "Purses": The New Payment Systems», (1996) SB29 ALI-ABA 221, 223-224 (Westlaw).

La carte à mémoire fut commercialisée à grande échelle grâce à la carte Mondex. Mise en marché par la National Westminster Bank en 1995¹⁸², Mondex fut rachetée par MasterCard International en 1997 et porte maintenant le nom de *OneSMART*¹⁸³. Il est intéressant de noter que Mondex s'était associée à CyberCash, fournisseur de paiement par Internet¹⁸⁴, en 1997. Bien que Visa ait inauguré la carte « Visa Travel Money Card » en 1994¹⁸⁵, c'est en 1996 qu'elle lança sa propre carte à mémoire, dénommée « VisaCash », lors des Jeux olympiques de 1996¹⁸⁶. American Express avait également tenté de pénétrer ce marché en inaugurant la carte « Incentive-Funds » en 1995. Dans tous ces cas, les tentatives furent infructueuses. Les projets de cartes à mémoire qui eurent lieu au Canada par Mondex, notamment, n'eurent guère de succès, malgré la participation de plusieurs institutions financières¹⁸⁷. Parmi les raisons de cet échec figurent la plénitude d'instruments de paiement accessibles aux consommateurs, les frais d'utilisation peu séduisants, ainsi qu'une certaine difficulté de coopération des acteurs visés — marchands, consommateurs, institutions financières. En fait, les Européens ont plus facilement adopté la carte à mémoire que les Nord-Américains. La carte « Moneo¹⁸⁸ », produit de l'entreprise Bille-tique monétique service (BMS), existe depuis 1999¹⁸⁹. Son implantation

182. L'historique de Mondex remonte à 1990 et sa mise au point a nécessité cinq années. Pour plus de détails, voir : P. GLADU, « Mondex : phénomène caché », *Lex Electronica*, vol. 5 (1), 1999, [En ligne], [www.lex-electronica.org/articles/v5-1/monde1.html].

183. Voir le site Web de *OneSMART*, qui a été acquis par MasterCard International : mol.mastercard.net/molbe/public/login/ebusiness/smart_cards/one_smart_card/index.jsp.

184. *Infra*, notes 206-209 et 219-221 et les textes correspondants.

185. J. REINEARSON, *op. cit.*, note 177, p. 16.

186. Voir le site Web de Visa information et Cash exchange : www.visacash.com. Visa et MasterCard ont tenté de former une association exclusive, mais cette tentative a été rejetée par un tribunal : *United States v. Visa U.S.A. Inc.*, 163 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 2001). Sur cette décision, voir le commentaire suivant : D.A. BALTO et B.K. GRUBE, « The Visa-Mastercard Decision and Its Implications for High Tech Markets », (2002) 57 *Bus. Law.* 1313.

187. Notons le projet de Guelph (Ontario) en 1997 et le projet de Sherbrooke en 1999. Lors de la réalisation du projet de Mondex à Guelph, 20 p. 100 de la population possédait une carte Mondex. Les institutions financières canadiennes engagées dans le projet Mondex furent la Banque Royale du Canada (1995), la CIBC (1995), la Credit Union Central of Canada (1997), la Banque de Montréal (1997), le Canada Trust (1997), le Mouvement des Caisses Desjardins (1997), la Banque Nationale du Canada (1997) et la Banque Scotia (1997).

188. Voir le site Web de Moneo : www.moneo.net.

189. BMS est issue d'une fusion entre la Société européenne de monnaie électronique (SEME) et Modeus survenue en 2000. La carte a été créée en 1999 par Modeus. Outre les grandes banques françaises, les entreprises de la Société nationale des chemins de fer (SNCF), la Régie autonome des transports parisiens (RATP) et France Telecom participent à ce projet.

se fait en deux phases, la première s'étant terminée en 2003 et la seconde phase est en route depuis ce temps. La popularité de Moneo auprès des Français a décliné au fil des ans pour des raisons de mise en marché, car peu de marchands l'acceptaient. Notons que la carte à mémoire se métamorphose vers une carte sans contact depuis quelques années. Outre la carte « MIFARE » de Philips¹⁹⁰, il existe une panoplie de cartes à puce sans contact, la plupart étant utilisées en Europe, en Asie et, dans une moindre mesure, dans les Amériques¹⁹¹.

Enfin, les cartes de débit sont émises par les institutions financières où le titulaire possède un compte. Elles lui permettent d'accéder au compte en débitant un montant soit à un guichet automatisé, soit à un terminal de point de vente. Pour cette raison, il ne peut y avoir de convergence ni de regroupement de cartes, comme c'est le cas pour les cartes de crédit et les cartes à mémoire. Toutefois, les principaux émetteurs de cartes ont créé l'association Interac pour permettre l'interbancaire et un meilleur accès au système de paiement¹⁹². En 1996, le Tribunal de la concurrence a forcé Interac à élargir les critères d'admission des membres participants pour favoriser un meilleur accès au système de paiement canadien¹⁹³.

La première partie de notre étude a mis en relief le profil de développement de la monnaie papier et de la monnaie électronique de première génération. De l'analyse qui précède, nous observons un cheminement partiellement commun à ces deux types de monnaie, soit une convergence de plusieurs émetteurs vers un seul ou quelques-uns qui émergent au fil du temps.

190. Voir le site Web de Mifare: www.mifare.net.

191. Il serait fastidieux de mentionner toutes ces cartes. Nous renvoyons plutôt le lecteur à l'adresse Web suivante: WIKIPÉDIA, *Smart Card*, [En ligne], 2007, [http://en.wikipedia.org/wiki/Smart_card].

192. En ce qui concerne l'interbancaire, celle-ci pose peu de problèmes, sauf pour ce qui est des frais d'accès au guichet automatique à partir d'une institution financière autre que celle du titulaire. Sur cette question, voir: A. PRATTE, « Des guichets gourmands », *La Presse [de Montréal]*, 11 mars 2007, p. A12.

193. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. Banque de Montréal*, [1996] C.C.T.D. n° 1, [1996] C.C.T.D. n° 8, [1996] C.C.T.D. n° 11, [1998] C.C.T.D. n° 12 (CCTD) (QL). Plus précisément, le réseau Interac a été considéré comme ayant une position dominante – ce qui va à l'encontre de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 – à la suite d'une plainte du Directeur des enquêtes et coalitions, car Interac exigeait qu'une institution financière reçoive des dépôts pour être membre d'Interac, exigence qui n'était pas satisfaite par certaines institutions financières (courtages de valeurs mobilières et assurances). Sur cette question, voir: S. CHINOY et B. GEVA, « Access to the Canadian Payments System », Queen's Business Law Symposium, *The Regulation of Financial Institutions – Issues and Perspectives*, Toronto, Carswell, 1996, p. 411, 432-433.

D'abord, le phénomène de la convergence est surtout apparent pour les paiements papier. Cela est dû en particulier à la présence d'une banque centrale, laquelle contribue par le fait même à la stabilité monétaire. L'analyse de ce processus au Canada et aux États-Unis, de même que dans les zones d'union monétaire en Afrique de l'Ouest et en Europe, est convaincant. *A contrario*, l'émission des cartes de crédit n'a lieu que par des émetteurs privés, c'est-à-dire des banques commerciales. La prise en charge par une autorité étatique, c'est-à-dire une banque centrale, de l'émission d'une monnaie papier lui confère une situation monopolistique. La trajectoire de la monnaie électronique, depuis sa création jusqu'à aujourd'hui, a subi l'influence des forces du marché, soit de la part des émetteurs privés et non en raison de la présence d'une banque centrale. Cela s'explique en raison du fait que la monnaie électronique de première génération est principalement composée de transferts électroniques de fonds en réseaux fermés, c'est-à-dire de transferts d'argent scriptural d'un compte à un autre (que ce soit par un virement bancaire ou par une carte de débit) ou encore de transferts de fonds par l'intermédiaire d'une carte de crédit ou d'une carte à mémoire. Surtout, le marché des cartes de crédit fut rapidement dominé par Amex, Visa et MasterCard. Dans ce marché oligopolistique, aucune autorité étatique n'est intervenue directement, si ce n'est pour empêcher des situations de concurrence déloyale ou d'entrave au respect de l'ordre public¹⁹⁴. En ce qui a trait à la carte à mémoire, elle est également laissée aux forces du marché, mais, contrairement à la carte de crédit, elle n'a vu aucun émetteur dominer sérieusement le marché, qui demeure instable pour le moment. La spécificité des paiements de seconde génération, qui se déroulent dans un environnement ouvert comme Internet, puise à la fois dans la théorie de la convergence des émetteurs et dans la présence d'une autorité publique pour contrôler les émissions de monnaie. Enfin, la dématérialisation est au cœur de la monnaie et des systèmes de paiement électroniques, bien qu'elle puise ses sources au sein des lettres de change.

2 L'évolution des paiements électroniques de seconde génération : les paiements par Internet

De nos jours, les cybernautes paient leurs transactions en ligne par la transmission d'un numéro de carte de crédit ou par un système de paiement intrinsèque à Internet, comme le propose le système PayPal. L'évolution des paiements électroniques de seconde génération depuis leur création, en 1994, permet de constater que le profil de ces paiements suit la même voie

194. C'est le cas, notamment, en ce qui concerne l'émission non sollicitée de cartes de crédit : *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 172.

convergente que la monnaie papier et que la monnaie électronique, outre qu'il apparaît sous une forme de plus en plus dématérialisée¹⁹⁵.

À l'heure actuelle, les systèmes de paiements en ligne sont très diversifiés en raison de leur stade de développement. Le développement de ces mécanismes de paiement survient soit par la transposition des régimes actuels en systèmes virtuels, tels que les cartes de crédit ou les chèques électroniques, soit par l'introduction de la monnaie digitale. Un des dénominateurs communs des systèmes de paiement virtuels a trait à la pluralité d'émetteurs, notamment des institutions autres que des banques, ce qui soulève la question de la nature de la monnaie électronique, de la convergence et du processus d'émission de la monnaie.

Crawford estime que les nouvelles formes de monnaies électroniques doivent respecter cinq caractéristiques pour être reconnues à ce titre. Premièrement, elles sont acceptées d'une manière générale comme moyen d'échange; deuxièmement, elles sont transmises à titre de paiement ferme et ne sont pas liées au crédit du cessionnaire; troisièmement, elles sont entièrement transmises par livraison; quatrièmement, elles sont anonymes; cinquièmement, elles sont transmises libres de toutes charges envers les détenteurs précédents¹⁹⁶. Cette définition s'éloigne de la définition classique de la monnaie, soit d'être un moyen d'échange et une réserve de valeur¹⁹⁷.

195. Voir généralement: M. ABELS, «Le commerce sur Internet – Moyens de paiement et risques afférents», [1998] 3 *R.D.A.I.* 349; K.M. MILEY, «Electronic Banking», (1996) 15 *Ann. Rev. Banking L.* 2, 11-16.

196. B. CRAWFORD, «Is Electronic Money Really Money?», (1997) 12 *B.F.L.R.* 399, 402-403.

197. Le célèbre économiste américain J.K. GALBRAITH, *op. cit.*, note 62, p. 5, a défini la monnaie comme suit: «The reader should proceed in these pages in the knowledge that money is nothing more or less than what he or she always thought it was – what is commonly offered or received for the purchase or sale of goods, services or other things.» Un courant de jurisprudence a développé une approche libérale de la définition du concept de la monnaie, qui s'étend au-delà des frontières statutaires pour englober les moyens utilisés afin d'effectuer un paiement en vue de satisfaire à une obligation juridique. Dans la décision *Banque du Canada c. Banque de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 1149, la question en litige était de déterminer la nature d'un billet de 5 dollars portant la mention «paiera au porteur sur demande». L'opinion majoritaire, sous la plume du juge Beetz, a indiqué que l'on devait s'inspirer de l'esprit de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4, afin de résoudre le litige. La Cour suprême du Canada a déclaré que ce billet de banque était un billet à ordre, et que la Banque du Canada avait l'obligation de le remplacer (*id.*, 1170). Il est important de souligner l'opinion dissidente du juge en chef Laskin qui souligne que «[c]e qui est déclaré être une promesse pure et simple de payer une somme d'argent précise est, en soi, de l'argent» (*id.*, 1154). Il ajoute que «[l]a mention "paiera au porteur sur demande" sur le papier-monnaie ne peut pas changer le fait qu'il s'agit d'argent, et en faire un document différent qui requiert un paiement

Cela soulève les deux questions suivantes : les paiements effectués par Internet cadrent-ils avec la définition traditionnelle de la monnaie ? Le cas échéant, ont-ils cours légal ? Crawford opine que, «to qualify as money, an electronic value transfer product must operate without clearing and settlement¹⁹⁸». À nos yeux, il faut considérer ce critère de l'absence d'une chambre de compensation et aussi tenir compte des éléments énoncés au paragraphe précédent. En fait, le problème repose non seulement sur les nuances entre la nature des trois types de paiements en ligne mentionnés plus haut (carte de crédit, chèque virtuel et monnaie digitale), mais surtout sur les désignations erronées de certains de ces mécanismes. Cette ambiguïté a pour conséquence de miner la confiance des usagers et de retarder l'adoption de ces nouveaux instruments de paiement, comme l'histoire le démontre.

Nous étudierons d'abord la première période de la transposition des paiements existants dans Internet (2.1) pour nous consacrer par la suite à la seconde période des paiements en ligne, soit les systèmes de paiement innovateurs (2.2).

d'argent ». Cette dissidence, qui s'inspire de l'arrêt *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, de cette même cour, a étendu le concept de la monnaie jusqu'au terrain «économique», c'est-à-dire au-delà de son sens légal, et mérite d'être encouragée, car elle se conjugue mieux avec les nouveaux développements technologiques. Sur ce point, l'opinion majoritaire était que «[a]ny medium which, by practice, fulfils the function of money and which everybody will accept in payment of a debt is money in the ordinary sense of the word even though it may not be legal tender» (*id.*, 116); ce passage est également repris par : G. DAVID, «Money in Canadian Law», (1986) 65 *Can. Bar Rev.* 192, 205, 223. De plus, David rappelle que la Cour suprême a suivi l'approche énoncée dans *Moss v. Hancock*, [1899] 2 Q.B. 111, 116 (Q.B.D.). Dans cette cause, le juge Darling a défini la monnaie comme suit :

That which passes freely from hand to hand throughout the community in final discharge of debts and full payment for commodities, being accepted equally without reference to the character or credit of the person who offers it and without the intention of the person who receives it to consume it or apply it to any other use than in turn to tender to others in discharge of debts or payment for commodities.

À la suite de cette décision, l'article 21 de la *Loi sur la Banque du Canada*, L.R.C. 1970, c. B-2, a été modifié par l'ajout d'un sixième paragraphe, qui énonce que : «[I]es billets de la Banque du Canada ne sont pas des billets à ordre ni des lettres de change au sens de la *Loi sur les lettres de change* » : *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, L.C. 1980-81-82-83, c. 40, art. 49.

198. B. CRAWFORD, *loc. cit.*, note 196, 404.

2.1 La première période : la transposition des systèmes de paiement existants

Dans le but d'instaurer un climat de confiance auprès des usagers, le développement des mécanismes de paiement dans Internet s'est d'abord manifesté par la transposition des régimes de paiement actuels en systèmes de paiement virtuels, tels les cartes de crédit, les chèques électroniques et l'introduction de la monnaie digitale.

Le professeur Perritt estime que l'adaptation des mécanismes de paiement traditionnels au réseau Internet ne pose aucune difficulté en soi : « Commercialization on the Internet [...] requires that electronic payments systems be available in the Internet [and it] should be at least as convenient to buy something on the Internet as it is to buy it by calling an 800 number, placing an order, and giving one's credit card number¹⁹⁹. »

Bien que les moyens de paiement virtuel—carte de crédit, chèque et micromonnaie—diffèrent entre eux, ils possèdent certaines caractéristiques communes. D'abord, d'un point de vue technique, ils sont tous conçus pour fonctionner dans une architecture du type ouvert²⁰⁰. Ensuite, d'un point de vue juridique, la plupart des émetteurs et fournisseurs de paiements dans Internet sont des entreprises commerciales et non bancaires. Enfin, vus sous une perspective économique, les paiements virtuels ont un

199. H.H. PERRITT, Jr., « Payment Infrastructures for Open Systems », (1995) 3 *DataLaw Report* 1, [En ligne], [works.bepress.com/henry_perritt/45/]. Voir de plus : *FEDERAL RESERVE BANK OF PHILADELPHIA, Making Payments on the Internet* (Business Review) par J.J. McAndrews, janvier-février 1997, p. 3, 4, [En ligne], [www.philadelphiafed.org/econ/br/br97.html] ; *FEDERAL RESERVE BANK OF CLEVELAND, Making Payments in Cyberspace* (Economic Commentary Series) par P.W. Bauer, octobre 1995, [En ligne], [www.clevelandfed.org/research/].

200. Pour des questions de sécurité, presque tous les émetteurs emploient la cryptographie à clé publique. La Banque des règlements internationaux a défini la monnaie électronique comme un « “stored-value” or “prepared” products in which a record of the funds or “value” available to a consumer is stored on an electronic device in the consumer’s possession [...] Moreover, the definition covers both prepaid cards [...] and prepaid software products that use computer networks such as the Internet » : COMITÉ SUR LES SYSTÈMES DE PAIEMENT ET DE RÈGLEMENT, *Implications for Central Banks of the Development of Electronic Money*, Bâle, BRI, 1996, p. 1. Pour de plus amples informations au sujet de la cryptographie à clé publique, voir : J.K. WINN, « Couriers Without Luggage: Negotiable Instruments and Digital Signatures », (1998) 49 *S.C.L. Rev.* 739, 763-764 ; A.M. FROOMKIN, « The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce », (1996) 75 *Oregon L. Rev.* 49, 51-53.

impact moindre sur le système financier par rapport aux formes traditionnelles de monnaie²⁰¹.

En fait, la monnaie par Internet n'existe pas *per se*, car les systèmes mis au point à ce jour s'apparentent à un système qui permet de transférer des fonds. La première tentative a eu lieu par l'utilisation des cartes de crédit. Ces cartes de crédit virtuelles possèdent les mêmes caractéristiques que leurs prédécesseurs, soit d'être un système de crédit. Elles sont donc exclues de la définition de la monnaie proposée par Crawford (2.1.1). Peu de temps après, les chèques électroniques se sont imposés comme une solution de rechange, mais ces chèques ne répondaient pas aux exigences du droit cambiaire (2.1.2). Puisqu'aucun de ces instruments n'était adapté aux paiements de très faible valeur, la monnaie digitale est apparue (2.1.3). Cette dernière est probablement celle qui se rapproche le plus de la monnaie traditionnelle à maints égards.

2.1.1 Les cartes de crédit virtuelles

Bien que le réseau Internet ait été créé au cours des années 1960²⁰², ce n'est que vers 1994 que le commerce électronique a réellement pris son envol. Les entreprises qui possédaient une vitrine dans le cyberspace ont rapidement été placées devant plusieurs interrogations, dont la possibilité d'offrir à leur clientèle le paiement par Internet. Conjuguée à la distribution et à la livraison, cette nécessité d'un paiement en ligne est d'autant plus importante qu'elle permet de compléter le cycle de vente : offre de vente, achat, paiement, distribution et livraison. Les banques étant au cœur de l'activité commerciale, l'importance de fournir un mécanisme de paiement efficient ne fait aucun doute. Ce besoin a engendré l'émergence d'entreprises commerciales ayant pour vocation de proposer de tels moyens de paiement. La première expérience fut tentée en 1994 par First Virtual Holdings²⁰³ et offrait la possibilité de payer par carte de crédit. À cette époque, comme c'est encore le cas aujourd'hui, la préoccupation majeure

201. COMITÉ SUR LES SYSTÈMES DE PAIEMENT ET DE RÈGLEMENT, *op. cit.*, note 200, p. 7. Voir de plus : E. HELLEINER, «Electronic Money: A Challenge to the Sovereign State?», *Journal of International Affairs*, vol. 51, 1998, p. 387, 405 ; A. BERENTSEN, «Monetary Implications of Digital Money», *Kyklos*, vol. 51, 1998, p. 89, 103.

202. Pour un historique d'Internet, voir notamment : P.H. SALUS, «The Net: A Brief History of Origins», (1998) 38 *Jurimetrics J.* 671 ; INTERNET SOCIETY, *A Brief History of the Internet* par B.M. LEINER et autres, [En ligne], 2003, [www.isoc.org/oti/articles/0597/leiner.html] ; «Internet: trente ans déjà», *Le Monde*, 9 octobre 1999, p. 1.

203. J.K. HALVEY, «The Virtual Marketplace», (1996) 45 *Emory L.J.* 959, 967.

était d'assurer la sécurité des mécanismes de paiement²⁰⁴; par conséquent, First Virtual Holdings ne prévoyait pas la transmission de renseignements névralgiques en ligne²⁰⁵.

D'autres entreprises américaines ont également proposé le paiement par Internet par l'entremise d'une carte de crédit. Dans les faits, ces entreprises étaient des intermédiaires certifiant l'authenticité du payeur et du paiement. À titre d'exemple, CyberCash, fondée en 1994²⁰⁶, était présente à l'échelle mondiale. Elle offrait trois services, soit les cartes de crédit, les chèques électroniques et les micropaiements²⁰⁷. Un des aspects positifs des paiements CyberCash était qu'ils respectaient les critères du Secure Electronic Transaction — mieux connu sous le nom de « SET », ou « protocole SET²⁰⁸ ». En outre, contrairement à First Virtual Holdings, le service de carte de crédit de CyberCash permettait à l'utilisateur de transmettre son numéro de carte au détaillant dans Internet au moyen d'une méthode hautement sécuritaire, c'est-à-dire la cryptographie à clé publique²⁰⁹. CyberCash

204. First Virtual a réussi à démontrer la vulnérabilité des systèmes de protection de Netscape, CyberCash, Microsoft et des compagnies émettrices de cartes de crédit.

205. Dans un premier temps, le marchand et le consommateur devaient s'enregistrer auprès de First Virtual afin d'obtenir un « VirtualPIN ». En d'autres termes, le consommateur devait ouvrir un compte chez First Virtual. Pour chaque achat, seuls les VirtualPIN étaient envoyés par Internet, sans aucune information névralgique. First Virtual vérifiait alors la fiabilité de cette information et confirmait l'ordre de paiement par l'envoi d'un courrier électronique. Enfin, elle débitait les frais à l'acheteur sur sa carte de crédit et transférait ensuite le montant au compte du commerçant. Pour plus de détails sur ce procédé, voir: G.E. MAGGS, « New Payment Devices and General Principles of Payment Law », (1997) 72 *Notre Dame L. Rev.* 753, 761-763; P. BANE, « Banking and Payment Processing on the Internet: How Should Risk Be Allocated? », (juin 1997) 482 *PLI/Pat* 665, 674 (Westlaw).

206. Les opérations de cartes de crédit virtuelles de CyberCash ont débuté en 1995: CYBERCASH, « CyberCash Customers "PayNow" with Online Checks », *Internetnews*, [En ligne], [www.internetnews.com].

207. R.B. STEVENSON, « Internet Payment Systems and the Cybercash Approach », (mars 1997) 471 *PLI/Pat* 439, 448 (Westlaw).

208. *Id.*, 446; G.C.C. CHEN, « Electronic Commerce on the Internet: Legal Developments in Taiwan », (1997) 16 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 77, 104; J. KAUFMAN WINN, « Clash of the Titans: Regulating the Competition Between Established and Emerging Electronic Payment Systems », (1999) 14 *Berkeley Tech. L. J.* 675, 695.

209. Brièvement, le processus est illustré comme suit. Le client et le commerçant devaient d'abord télécharger le logiciel Wallet. Pour chaque transaction, lorsque le marchand demandait un paiement de la part de l'acheteur, ce dernier devait envoyer les données de sa carte de crédit au commerçant, chiffrées par la cryptographie à clé publique. Le vendeur recevait l'information, indiquait sa propre autorisation au message et le transmettait au serveur de CyberCash. Celle-ci fournissait une passerelle qui « eliminates the need for a financial institution to establish a direct link to the Internet, thus providing additional security and reducing the likelihood that internal bank systems can

déclara faillite en mars 2001²¹⁰. Verisign acquit les actifs de CyberCash quelques semaines plus tard²¹¹. En novembre 2005, l'entreprise PayPal annonçait son acquisition des activités de paiement par Internet de Verisign²¹², tout en laissant les activités de certification sous la gouverne de cette dernière.

La transmission de numéros de carte de crédit par l'entremise d'Internet pose de sérieux problèmes techniques aux yeux des informaticiens, vu la relative facilité avec laquelle il est possible, pour un initié de l'informatique, de percer les systèmes de sécurité. Toutefois, la protection juridique ne semble pas être une préoccupation majeure aux yeux des usagers. Les premières décisions de jurisprudence confirment l'application du droit actuel aux paiements par carte de crédit dans Internet²¹³. Cela atteste le choix non équivoque des consommateurs qui ont clairement exprimé leur préférence envers la transmission en ligne de leur numéro de carte de crédit par rapport aux nouveaux chèques électroniques et à la micromonnaie. D'ailleurs, les protections offertes par la *Loi sur la protection du consommateur*²¹⁴, comme l'envoi d'un état de compte périodique, l'interdiction d'envoyer des cartes non sollicitées et la perte limitée à 50 dollars en cas

be compromised by hackers » : R.B. STEVENSON, *loc. cit.*, note 207, 452-453. Ce dernier décryptait le message et créait une réquisition d'autorisation de carte de crédit afin de la transmettre à l'institution financière du vendeur. Le serveur renvoyait les résultats au marchand, comme lors d'un transfert au point de vente. Enfin, le consommateur était avisé de l'acceptation de la transaction. Voir : E. D'ALELIO, « Doing Business in the New World of Electronic Commerce: An Introduction to the Emerging Electronic Payment Products and Systems », (sept. 1997) 491 *PLI/Pat* 61, 68-69 (Westlaw).

210. N. IRWIN, « CyberCash of Reston Files for Chapter 11 », *Washington Post*, 3 mars 2001, p. E01.

211. N. IRWIN, « Verisign to Acquire CyberCash », *Washington Post*, 16 avril 2001, p. E05.

212. *Infra*, section 2.2.2. Sur cette acquisition, voir : PAYPAL, « eBay's PayPal Unit Completes Acquisition of VeriSign's Payment Gateway Business », *Communiqué de presse*, 21 novembre 2005, [En ligne], [www.shareholder.com/paypal/releaseDetail.cfm?ReleaseID=180329&Category=US]; PAYPAL, *Intégration des services de paiement VeriSign à la suite de paiement PayPal*, [En ligne], 2007, [www.paypal.com/cgi-bin/webscr?cmd=xpt/cps/general/VerisignFAQ-outside].

213. *Pesoexpress Systems Inc. v. Internetsecure Inc.*, [1999] O.J. n° 4682 (C.S.) (QL); *America Online, Inc. v. Superior Court*, 108 Cal.Rptr.2d 699 (Cal.App. 1 Dist., 2001); *State by Humphrey v. Granite Gate Resorts, Inc.*, 1996 WL 767431 (Minn.Dist.Ct., 1996). Voir, de plus, certaines décisions américaines concernant les pratiques de commerce illégales, particulièrement dans le cas où les opérateurs de sites Web – typiquement les sites pour adultes – chargent illégalement des frais à leurs clients sur leur carte de crédit : *F.T.C. v. Crescent Pub. Group, Inc.*, 129 F.Supp.2d 311 (S.D.N.Y., 2001); *F.T.C. v. Verity Intern., Ltd.*, 124 F.Supp.2d 193 (S.D.N.Y., 2000).

214. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, notes 172 et 173. Aux États-Unis, la *Regulation Z (Truth in Lending)*, 12 C.F.R. 226.12, énonce une philosophie similaire, outre qu'elle prévoit un service de résolution de conflits en cas d'erreur.

de fraude²¹⁵, représentent des arguments de poids justifiant cette tendance. Afin d'augmenter la confiance des utilisateurs lors de leurs achats en ligne, MasterCard propose le système SecureCode²¹⁶ et Visa présente Verified by Visa²¹⁷.

2.1.2 Les chèques virtuels

La seconde catégorie de paiements de la première période s'inspire de la philosophie des effets de commerce et, en particulier, du mode de paiement par chèque. Il est bien connu en droit cambiaire que la forme a une importance aussi grande que le fond et, lorsqu'un chèque respecte les conditions de forme, le détenteur peut se prévaloir des avantages indéniables que lui procure la *Loi sur les lettres de change*²¹⁸.

Quelques entreprises ont tenté d'offrir des services de paiement par chèque virtuel, comme CyberCash qui a commencé ses opérations de paiement par chèque en décembre 1996²¹⁹. CyberCash alléguait que les principales caractéristiques du chèque traditionnel demeuraient incluses dans le processus, bien que quelques nouveautés aient été ajoutées²²⁰. Ce type de paiement instantané ou en temps réel—sous la forme d'un transfert de crédit—permettait d'éviter la compensation interbancaire et les risques y associés²²¹. Il s'agissait d'un avantage incontestable pour le commerçant, lequel se trouvait assuré que le débiteur détenait les fonds nécessaires pour le payer. Le corollaire demeurait l'impossibilité pour le consommateur d'effectuer un contrordre, ce qui pouvait s'avérer indispensable dans

215. J. KAUFMAN WINN, *loc. cit.*, note 208, 686-687.

216. Voir: MASTERCARD, *MasterCard SecureCode*, [En ligne], 2007, [www.mastercard.com/us/personal/en/cardholderservices/securecode/index.html].

217. Voir: VISA, *Verified by Visa*, [En ligne], 2007, [usa.visa.com/personal/security/vbv/index.html].

218. *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), c. B-4. Notamment, le détenteur régulier, c'est-à-dire le détenteur qui a négocié l'effet de bonne foi, avant l'échéance et ayant pris « une lettre, manifestement complète et régulière » selon les termes de l'article 55, ne peut se voir opposer aucune défense à l'exception d'une défense réelle – comme l'incapacité absolue de contracter (art. 46-47) et la signature falsifiée (art. 48) – : il peut ainsi obtenir plus de droits que son cédant, contrairement au principe de la cession de créances.

219. Ce service fut officiellement lancé en janvier 1997: J. BRUENE, *CyberCash Launches PayNow Bill Pay Pilots*, NetBanker, [En ligne], 9 février 1997, [www.netbanker.com/1997/02/cybercash-paynow-bill-pay-pilot.html].

220. Ce type de chèque électronique suivait le processus suivant. Comme pour le service de carte de crédit de CyberCash, le consommateur et le marchand devaient préalablement télécharger le logiciel Wallet. Pour un achat, le consommateur ordonnait à son institution financière de transférer les fonds de son compte vers celui du vendeur; par la suite, le bénéficiaire était avisé du crédit porté à son compte.

221. R.B. STEVENSON, *loc. cit.*, note 207, 450.

certains cas. Enfin, la conversion des devises était facilitée par ce type de transfert de fonds.

Plus récemment, d'autres entreprises ont tenté de s'imposer dans le minuscule marché des chèques virtuels. Citons, à titre d'exemple, Authorize.Net qui exploite le système eCheck.Net²²² et PayByCheck, pour le système E-Check et i-Check²²³. Notons également First Data Ressources²²⁴, qui propose plusieurs solutions de chèques électroniques par le système TeleCheck²²⁵, dont la vérification et l'acceptation d'un chèque par Internet, ainsi que d'autres types de paiements, comme le traitement de cartes de crédit²²⁶. Dans ce dernier cas, il est intéressant de noter que First Data existe depuis 1969, et qu'elle était à l'époque un fournisseur indépendant de la Mid-America Bankcard Association. Elle fut acquise par American Express en 1980, qui s'en départit en 1992. Elle fut sous le contrôle de Western Union du milieu des années 1990 jusqu'en 2006. En 1998, First Data a élargi ses horizons, en proposant des services aux Canadiens et au cours des années suivantes, elle s'est implantée dans plusieurs régions du monde.

Le consortium états-unien Financial Services Technology Consortium (FSTC) avait élaboré le service eCheck en 1996²²⁷. Ce dernier fut, à nos yeux, le meilleur prototype de transposition du chèque traditionnel sur support informatisé²²⁸, mais le projet fut abandonné au début des années 2000. À l'inverse de CyberCash ou d'autres entreprises, le consortium FSTC avait conservé le modèle de transfert de débit intrinsèque au chèque. De plus, il alléguait que le chèque électronique devait constituer une représentation du chèque sur support traditionnel, à laquelle devaient être ajoutés quelques renseignements additionnels²²⁹. Il devait être utilisé pour tous les paiements, peu importe que ce soit pour les consommateurs ou les commerçants, et il devait employer la cryptographie à clé publique comme pour les autres modes de paiement dans Internet. Un des éléments intéressants du service proposé par le consortium FSTC est qu'il conservait le processus

222. Voir: AUTHORIZE.NET, *eCheck.Net*, [En ligne], 2007, [www.authorize.net/solutions/merchantsolutions/merchantservices/echeck].

223. Voir le site Web de Pay by check: www.paybycheck.com.

224. Voir le site Web de First Data: www.firstdata.com.

225. Voir: FIRST DATA, *TeleCheck Payment Solutions*, [En ligne], 2007, [www.firstdata.com/product_solutions/payment_solutions/telecheck/index.html].

226. First Data agit en collaboration avec les grands émetteurs. Voir: FIRST DATA, *Credit Card And Debit Card Issuing Solutions*, [En ligne], 2007, [www.firstdata.com/product_solutions/card_issuing_solutions/index.html].

227. FSTC, *Electronic Check*, [En ligne], 2003, [www.echeck.org].

228. FSTC, «About the FSTC», *FSTC*, [En ligne], 2007, [www.fstc.org/about.html].

229. À titre d'exemple, le nom du bénéficiaire apparaissait dans le livret bancaire.

actuel du chèque, y compris la compensation et le règlement interbancaire. Cela s'avérerait très avantageux pour le consommateur qui désirait effectuer un arrêt de paiement lorsque le besoin s'en faisait sentir²³⁰.

Il est intéressant de souligner les arguments du consortium FSTC. Il mentionnait que les chèques électroniques étaient basés sur les lois cambiaires et portaient les mêmes caractéristiques que les chèques sous support traditionnel, mais que la version pouvait également utiliser les lois sur les transferts de fonds, soit la *EFT Act* et la *Regulation E*²³¹. Il ajoutait que la chambre de compensation Electronic Check Clearing House Organization (ECCHO) considérait que eCheck avait le statut d'un effet de commerce, selon la terminologie de l'*Uniform Commercial Code*, et d'un chèque aux fins de la *Regulation CC*²³². Comme nous l'avons exprimé plus haut, la signature manuscrite est requise pour un chèque, à l'exception des

230. Le processus d'eCheck fonctionnait de la manière suivante. Le tireur signait un chèque en indiquant les renseignements habituellement requis et le transmettait par courrier électronique au bénéficiaire. Ce dernier vérifiait la signature électronique, endossait le chèque et le transmettait à sa banque. La banque négociatrice – banque du bénéficiaire – vérifiait les signatures électroniques du tireur et du bénéficiaire, créditaient le compte de celui-ci et le transmettait à la chambre de compensation, soit l'Electronic Check Clearing House Organization (ECCHO). Le cyberchèque retournait ensuite à la banque tirée, qui vérifiait la signature électronique et débitait le compte du tireur. Par la suite, il y avait compensation et règlement des comptes des institutions financières. Considérant l'objectif d'informatiser le flux de paiements entre l'acheteur et le vendeur, le concept de l'eCheck prévoyait que le chèque devait être transmis électroniquement du tireur au bénéficiaire et que ce dernier devait donner l'ordre de paiement par l'entremise d'une signature électronique jusqu'à l'ordinateur de sa banque – banque négociatrice. Le processus est analogue à ce qui se passe avec un chèque traditionnel, à la différence qu'un tiers certificateur prend part à l'autorisation. L'avantage majeur de l'eCheck découlait du fait que chaque signature était vérifiée grâce à la technologie de la cryptographie à clé publique, contrairement à l'absence quasi systématique de vérification des chèques traditionnels, ce qui permettait d'espérer une réduction des erreurs et des fraudes. De plus, FSTC incorporait une entente (*uniform customer agreement*) destinée à être utilisée entre la banque et l'usager. Nous exprimons de sérieuses réserves relativement à cet accord, car les lois gouvernant les effets de commerce sont très strictes et ne permettent pas ce genre de dérogation; de plus, elles ne s'appliquent qu'aux lettres de change, aux chèques et aux billets: N. L'HEUREUX, É. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, *op. cit.*, note 144, n° 2.3, p. 403-404.

231. FSTC, « The FSTC Electronic Check – A Vision of an Electronic Payments System Instrument Modelled after the Paper Check », *FSTC*, p. 3, [En ligne], [www.fstc.org/projects/]. Il convient de noter que les règles concernant l'obligation générale de divulgation imposée aux institutions financières ont été modifiées en 1998 dans le but de permettre une divulgation informatisée: *Regulation E (Electronic Fund Transfers)*, 12 C.F.R. 205.4, modifiée temporairement en 1998 (*Interim Rule*) par 66 F.R. 17786; cette modification est devenue définitive à partir du 1^{er} octobre 2001: 66 F.R. 41439.

232. *Regulation CC (Availability of Funds and Collection of Check)*, 12 C.F.R. 229.

chèques tronqués et de l'imagerie du chèque, et il s'agit d'une condition *sine qua non*. Cette observation suffit à elle seule à disposer de la question. Ajoutons cependant que les autres conditions imposées par la *Loi sur les lettres de change* semblent être présentes²³³. À titre d'exemple, eCheck était susceptible d'être un ordre de paiement, il pouvait être tiré sur une banque, il était possible d'arrêter le paiement et il représentait un transfert de débit. Rien n'était prévu pour la négociation du chèque, mais la *Loi sur les lettres de change* n'empêche pas une restriction à la négociation²³⁴. Nous abondons dans le sens du consortium FSTC, lorsqu'il affirmait que «coupling the Electronic Check Security Technology with a sound legal structure reduces the exposure and risk of loss to banks and their clients²³⁵».

Au début des années 2000, un nouveau tournant dans l'histoire des chèques en ligne est apparu avec un projet législatif du gouvernement fédéral états-unien, appuyé fortement par la chambre de compensation électronique ECCHO²³⁶. La *Check Clearing for the 21st Century Act* (Check 21)²³⁷ est entrée en vigueur en 2004 pour permettre le transfert des chèques par imagerie électronique—appelés «chèques substitués²³⁸». Cela constitue une modernisation de la troncature du chèque et une nouvelle méthode qui s'éloigne des tentatives infructueuses de CyberCash et du consortium FSTC. Le premier avantage du système Check 21 est d'améliorer l'efficacité du système des paiements, puisque les délais de compensation sont considérablement réduits, ces délais étant par ailleurs plus longs aux États-

233. On retrouve des dispositions similaires à l'Article 3 du *Uniform Commercial Code* (U.C.C.).

234. *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 66-68; art. 3-206 U.C.C. Sur ce point, voir *infra*, texte suivant la note 255.

235. *Ibid.*

236. La société ECCHO représente une coopérative sans but lucratif détenue entièrement par ses membres. Elle a été créée en 1990 par des banques afin d'encourager l'implantation de la présentation du chèque électronique (*electronic check presentment (ECP)*). Ses activités se regroupent autour de trois thèmes, soit la réglementation, l'éducation et le lobbying. L'idée de transférer une image d'un chèque a déjà été proposée par FSTC.

237. *Check Clearing for the 21st Century Act*, Pub. L. n° 108-100, 117 Stat. 1177, 12 U.S.C. § 5001-5018 (2000). Pour des commentaires sur cette nouvelle loi, voir notamment: C. FELSENFELD et G. BILALI, «The Check Clearing For the 21st Century Act – A Wrong Turn in the Road to Improvement of the U.S. Payments System», (2006) 85 *Neb. L. Rev.* 52; M. HARGRAVE, «Check 21: A Year in the Life», (2006) 38 *UCC L. J.* 3; M.E. BUDNITZ, «Consumer Payment Products and Systems: The Need for Uniformity and the Risk of Political Defeat», (2005) 24 *An. Rev. Banking & Fin. L.* 247, 249-253; J. BARRY, «The Check Clearing for the 21st Century Act (Check 21)», (2005) 24 *An. Rev. Banking & Fin. L.* 130.

238. Voir sur ce projet: FEDERAL RESERVE, «Check 21 Legislative Overview», *FRB Services*, Décembre 2003, [En ligne], [www.frb-services.org/Retail/pdf/check21overview-FS.pdf].

Unis qu'au Canada. Le second avantage est de permettre l'application de la législation cambiaire, comme les Articles 3 et 4 de l'*Uniform Commercial Code* (UCC)²³⁹, et la *Regulation CC*²⁴⁰, à ces nouveaux chèques. En vertu de la loi Check 21, les consommateurs conservent le droit de contester la validité du chèque substitué à l'intérieur d'une période de dix jours, puisque la banque garantit la validité d'un tel chèque²⁴¹.

Le succès du projet Check 21 a inspiré le milieu bancaire canadien et, depuis quelque temps, l'imagerie du chèque est maintenant en développement au Canada²⁴². Chapeauté par l'Association canadienne des paiements (ACP), le projet appelé « non-circulation et présentation électronique des chèques²⁴³ » est une initiative pan-industrielle « qui débouchera sur le changement le plus radical au processus de compensation des chèques et des autres effets de paiement sur papier depuis l'introduction de la ligne de codage magnétique dans les années 60²⁴⁴ ». Ce projet a mené vers une modification de la *Loi sur les lettres de change* en 2007²⁴⁵. Après le dépôt d'un chèque à la banque négociatrice, le centre de traitement de cette institution financière transmet d'abord l'information contenue dans le code électronique²⁴⁶. Ensuite, le centre de traitement numérise le recto et le verso du

239. Art. 3 et 4 U.C.C.

240. *Availability of funds and collection of checks*, (*Regulation CC*), 12 C.F.R. § 229 (2004). Le *Regulation CC* a été adopté en 1987 en vertu de l'*Expedited Funds Availability Act*, Pub. L. n° 100-86, § 6 (602), 101 Stat. 635, 12 U.S.C. § 4001-4010 (1987), pour uniformiser la retenue de fonds sur les chèques. Cette loi était un précurseur de la transformation des chèques vers une image électronique. En effet, le Congrès avait accordé le pouvoir à la Réserve fédérale américaine d'exiger la troncature du chèque pour maximiser la disponibilité des fonds. La Réserve fédérale américaine avait toutefois préféré évaluer les bénéfices par rapport aux risques que cette opération représentait, de même que de laisser le choix aux institutions financières d'agir volontairement en ce sens, ce qui explique le long délai de la mise en œuvre du projet.

241. *Check Clearing for the 21st Century Act*, précitée, note 237, 12 U.S.C. § 5004-5006.

242. Plusieurs prototypes similaires ont été lancés dernièrement, comme à Singapour, en Espagne, en Australie, au Royaume-Uni et à Hong Kong : ASSOCIATION CANADIENNE DES PAIEMENTS (ACP), *L'imagerie des chèques au Canada : Un changement dont le temps est venu*, mars 2007, p. 6, [En ligne], [www.cdnpay.ca/publications/pdfs_publications/imaging_fr.pdf].

243. *Id.*, p. 1.

244. ACP, « Vers un système de compensation sans papier », *Forum*, vol. 19, n° 3, automne 2003, p. 1, [En ligne], [www.cdnpay.ca/publications/pdfs_publications/forum_19_3_fr.pdf].

245. *Loi sur les lettres de change*, art. 163.1-163.8, modifiée par la *Loi modifiant la législation régissant les institutions financières et comportant des mesures connexes et corrélatives*, L.C. 2007, c. 6, art. 398. Plusieurs institutions financières ont participé au projet de l'imagerie du chèque, dont notamment des coopératives de crédit situées au Manitoba, en Saskatchewan, en Alberta et en Colombie-Britannique.

246. Cette information comprend le montant du chèque et les renseignements sur le compte bancaire, tel que cela se produit actuellement.

chèque et transmet ce « fichier image » avec les autres données à la banque tirée. Le chèque sur support papier devient inutile puisqu'il est remplacé par ce fichier image. Après une période de conservation appropriée²⁴⁷, l'institution financière qui a reçu l'effet — la banque négociatrice — devra le détruire. Il est clair que cette technologie comporte des avantages très intéressants. Premièrement, le processus de compensation du chèque est accéléré, ce qui réduit les risques de fraude et d'erreur, atténue les risques systémiques et abrège les délais de retenue des fonds. Deuxièmement, l'imagerie du chèque constitue une arme supplémentaire dans le combat contre les fraudes cambiaires. À cet égard, puisque les clients ont la possibilité de visionner leurs chèques par l'entremise d'Internet, ce qui augmente d'autant la qualité du service à la clientèle, ils peuvent vérifier plus rapidement et plus facilement l'authenticité de la signature du tireur et des endossements ainsi que les altérations du chèque. Cette technologie pourrait même ouvrir la voie à l'utilisation d'un logiciel destiné à la vérification des signatures. Troisièmement, les délais de recherche d'un chèque sont de loin plus rapides qu'une recherche traditionnelle dans les microfiches — sans compter la qualité supérieure de l'image du chèque par rapport aux microfiches.

Bien qu'il soit possible, dans une perspective technique, d'imiter le chèque classique, il convient de noter plusieurs nuances entre les générations de chèques traditionnels et de chèques en ligne, sans compter l'imagerie du chèque. En premier lieu, la *Loi sur les lettres de change* prévoit qu'un effet porte une signature manuscrite, à l'exclusion de toute signature informatisée — à l'exception des chèques imagés²⁴⁸, et ce, malgré l'article 2827 du *Code civil du Québec* et la nouvelle *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²⁴⁹. En deuxième lieu, la *Loi sur les lettres de change* exige que le chèque soit livré manuellement et non électroniquement lors de la présentation au paiement²⁵⁰. Cette condition est maintenant devenue caduque, puisque la récente modification de la *Loi sur les lettres de change* permet la présentation au paiement d'une image

247. Cette période n'est pas encore déterminée, mais elle devrait être de courte durée.

248. *Loi sur les lettres de change*, précitée, note 234, art. 16 (1), 163.1 et s., 165 (2); art. 3-103 (a) (6) et art. 3-103 (a) (8) U.C.C. À ce sujet, voir: R.D. WHITAKER, « Rules Under the Uniform Electronic Transactions Act for an Electronic Equivalent to a Negotiable Promissory Note », (1999) 55 *Bus. Law.* 437, 440; L. GAMERTSFELDER, « Electronic Bills of Exchange: Will the Current Law Recognise Them? », (1998) 21 *U.N.S.W. L. J.* 566, 569-571.

249. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q. 2001, c. 32. Notons toutefois que la pratique bancaire accepte depuis plusieurs années la troncature du chèque afin d'accélérer le processus de compensation interbancaire.

250. *Loi sur les lettres de change*, précitée, note 234, art. 2, 84 (3), 92 (3), 165 (2) et 166.

officielle d'un chèque²⁵¹. En troisième lieu, un chèque représente un ordre de payer, ce qui n'apparaît pas nécessairement dans les chèques virtuels²⁵². En quatrième lieu, contrairement à une lettre de change, un chèque est tiré sur une banque et non sur n'importe quelle entreprise commerciale²⁵³. En cinquième lieu, le chèque électronique peut difficilement être contre-mandé²⁵⁴. En sixième lieu, un chèque est un transfert de débit, alors que la plupart des modèles de cyberchèque sont des transferts de crédit²⁵⁵. En septième et dernier lieu, tandis que les effets de commerce ont été créés dans le but d'être facilement négociés entre les parties, les chèques virtuels ne respectent pas cette conception. Ce dernier élément doit être tempéré, car depuis plusieurs années les chèques constituent principalement des instruments de paiement et ils ne sont pas destinés à circuler, comme c'est encore le cas avec les lettres de change.

Dans un cas comme dans l'autre, les chèques virtuels ne peuvent être soumis à la définition restrictive de la monnaie, telle que l'a proposée Crawford, pour les raisons suivantes. Dans le cas des chèques du consortium FSTC, le paiement est final, car il n'est pas lié au crédit du cessionnaire puisqu'il est transmis entièrement lors de la livraison. La nécessité d'une compensation empêche toutefois l'instantanéité du paiement. De plus, la reconnaissance générale fait défaut ; cependant, un bémol doit être apporté puisque l'introduction de nouveaux moyens de paiements nécessite une certaine période d'adaptation²⁵⁶. En ce qui concerne l'imagerie d'un chèque, la mutation d'un support papier vers un support électronique à la

251. *Id.*, art. 163.3. Sur cette question, voir : MINISTÈRE DES FINANCES (CANADA), *Examen de 2006 de la législation régissant les institutions financières – Propositions pour un cadre législatif efficace et efficient pour le secteur des services financiers*, juin 2006, p. 16, [En ligne], [www.fin.gc.ca/activity/pubs/White06f.pdf] ; CANADIAN PAYMENTS ASSOCIATION, *Cheque Imaging in Canada: A Change Whose Time Has Come*, mars 2007, p. 7, [En ligne], [www.cdnpay.ca/publications/pdfs_publications/imaging.pdf].

252. *Loi sur les lettres de change*, précitée, note 234, art. 16 (3)-164.

253. *Id.*, art. 165 (1).

254. *Id.*, art. 167 (a).

255. Contrairement à FSTC, les chèques électroniques CyberCash sont caractérisés par un transfert de crédit. Les chèques traditionnels sont typiquement des transferts de débit, par opposition aux transferts électroniques de fonds qui sont des transferts de crédit : B. GEVA, *op. cit.*, note 18, § 1.03[3], p. 1-20 - 1-24 ; E. D'ALELIO, *loc. cit.*, note 209, 68-69.

256. Le Parlement européen a présenté une résolution destinée à assurer la confiance des consommateurs dans les nouveaux moyens électroniques de paiements, en proposant l'autoréglementation des émetteurs plutôt qu'une « législation lourde en vue de parvenir à la protection des consommateurs et à des normes de sécurité élevées » : CE, *Résolution sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, à l'Institut monétaire européen et au Comité économique et social intitulée « Accroître la confiance de la clientèle dans les moyens électroniques de paiement dans le cadre du marché unique »*, [1998] J.O. C 80/290.

suite de la présentation au paiement ne modifie en rien le processus de la pérégrination d'un chèque. Ainsi, la définition de la monnaie au sens strict ne peut s'étendre à ces nouveaux développements technologiques.

À l'exception de l'imagerie du chèque, l'informatisation des chèques métamorphose ces derniers en transferts électroniques de fonds. En effet, ils sont des transferts de crédit, le contrordre devient illusoire et, dans une moindre mesure, la négociation du chèque, qui est intrinsèque à cet effet de commerce, ne trouve plus son utilité, bien que la *Loi sur les lettres de change* permette une restriction à cette négociation²⁵⁷. À nos yeux, les chèques sont voués à une lente agonie pour être remplacés par les transferts électroniques de fonds, malgré les projets d'imagerie du chèque.

2.1.3 La monnaie électronique

La monnaie électronique, également appelée « monnaie digitale » ou « micropaiement », représente une forme de paiement en ligne par laquelle l'utilisateur achète des jetons ou des coupons d'une entreprise spécialisée, les dépose dans un compte par l'entremise de son ordinateur et les utilise auprès d'un marchand qui les accepte²⁵⁸. Cette forme particulière de paiement répond au besoin des consommateurs d'effectuer des paiements de très faible valeur tout en évitant des frais de transactions élevés. Dans les paragraphes qui suivent, nous présenterons d'abord les paiements émis par DigiCash et NetBank pour ensuite analyser brièvement la question de l'émission de la monnaie électronique²⁵⁹.

S'inspirant de la monnaie fiduciaire, le micropaiement soulève la question délicate de l'anonymat des transactions financières dans le cyberspace. Dans un article fondamental sur la question, le professeur Froomkin explique ce concept à partir du modèle DigiCash²⁶⁰ et présente les risques associés aux espèces électroniques, comme le blanchiment d'argent²⁶¹. En général, l'utilisation de la monnaie électronique permet techniquement

257. *Loi sur les lettres de change*, précitée, note 234 et le texte correspondant, et *supra*, texte suivant la note 255.

258. E. D'ALELIO, *loc. cit.*, note 209, 70.

259. Cette problématique nécessite une analyse en profondeur qui sera exposée dans un article subséquent. Dans la présente étude, nous ne soumettons que les principaux arguments afin d'en saisir l'importance.

260. Ce modèle est détaillé au paragraphe suivant.

261. A.M. FROOMKIN, «Flood Control on the Information Ocean: Living with Anonymity, Digital Cash and Distributed Databases», (1996) 55 *J.L. & Com.* 395, 460-466. Un résumé de cette question est également présenté par : É. DUNBERRY, «Les monnaies électroniques : un cas d'espèces», (1997) 76 *R. du B. can.* 332. Voir aussi : L. LAW, S. SABETT et J. SOLINAS, «How to Make a Mint: The Cryptography of Anonymous Electronic

d'identifier son auteur, mais il pourrait exister des situations délicates, d'où le caractère d'anonymat. Tel serait le cas lorsque plusieurs autorités de certification sont utilisées pour tenter de brouiller les pistes, ce qui est peu plausible²⁶². Enfin, le professeur Froomkin énonce qu'un auteur utilisant un pseudonyme pourrait éviter d'être identifié²⁶³. Nous approuvons ce point de vue, non sans rappeler cependant que l'utilisation de prête-noms est courante dans les activités criminelles, comme le blanchiment d'argent.

Pionnière dans le domaine du micropaiement, DigiCash, fondée en 1990, a été considérée comme un des leaders mondiaux dans le domaine jusqu'à sa déroute en 1998²⁶⁴. L'entreprise eCash Technologies Inc. a racheté le brevet et la technologie de cryptographie permettant l'anonymat de DigiCash et a relancé le logiciel eCash en 1999. Ce dernier offrait un système de cryptographie à clé publique hautement sécuritaire et il protégeait les usagers contre une perte provenant d'une défaillance informatique²⁶⁵. De plus, la monnaie digitale était parfaitement conçue pour les achats en ligne de biens, mais surtout de services de faible valeur qui peuvent être offerts par Internet²⁶⁶. Surtout, ce logiciel permettait une certaine forme d'anonymat, comme nous l'avons expliqué plus haut. Cependant, vu la lutte contre le blanchiment d'argent, il eût été douteux que les autorités publiques permettent que des quantités de monnaie électronique anonyme circulent dans Internet. En 2002, eCash Technologies a été acquise par la compagnie InfoSpace Inc., qui désirait se concentrer, non pas sur le développement d'une monnaie électronique, mais plutôt sur le développement de la carte de

Cash», (1997) 46 *Am. U. L. Rev.* 1131; T. SCHUDELARO, *Electronic Payment Systems and Money Laundering – Risks and Countermeasures in the Post-Internet Hype Era*, Nimègue (Pays-Bas), Wolf Legal Publishers, 2003, p. 289-343.

262. É. DUNBERRY, *loc. cit.*, note 261, 338. Plus précisément, notons qu'une banque peut émettre une monnaie anonyme dont la trace demeure puisqu'un tiers certificateur – dans les faits, il y en a plusieurs – doit en authentifier la provenance. Comme le rappelle le professeur Froomkin, l'identité du payeur pourra toutefois être révélée si les tiers certificateurs sont d'accord: A.M. FROOMKIN, *loc. cit.*, note 261, 461. À cet égard, il convient de considérer que la situation au Canada est plus contraignante à l'égard d'un payeur, qui désirerait utiliser la même monnaie plusieurs fois, qu'aux États-Unis, où les premier et quatrième amendements de la Constitution accordent une protection presque blindée aux libertés individuelles. Ainsi, il serait plus facile au Canada de forcer un tiers certificateur à révéler l'identité de celui qui lui a transmis la monnaie.

263. A.M. FROOMKIN, *loc. cit.*, note 261, 421-424.

264. CNET NEWS, T. CLARK, «Digicash files Chapter 11», [En ligne], 1998, [news.com.com/2100-1001-217527.html].

265. *Ibid.*

266. R.F. STANKEY, «Internet Payment Systems: Legal Issues Facing Businesses, Consumers and Payment Services Providers», (1998) 6 *CommLaw Conspectus* 11, 22.

débit en ligne et des cartes à mémoire. De nos jours, InfoSpace Inc. focalise notamment sur la technologie du téléphone cellulaire²⁶⁷.

Créée par l'Information Sciences Institute de la University of Southern California, NetBank représentait un autre mécanisme de paiement destiné à être utilisé exclusivement dans Internet. Ce système devait permettre de répondre à quelques-unes des exigences d'un système de paiement dans Internet, telles que la sécurité, l'acceptabilité, l'interopérabilité et l'anonymat²⁶⁸. Les coupons NetCash n'existent plus à l'heure actuelle, mais NetBank, une des pionnières des banques virtuelles, est toujours en activité. Cette banque se concentre sur le crédit à la consommation, dont le financement hypothécaire²⁶⁹. Cette décision de NetBank est symptomatique de l'évolution de la monnaie digitale. En effet, la popularité de cette monnaie est fortement à la baisse depuis quelques années, et les fournisseurs demeurent marginaux²⁷⁰. Notons néanmoins l'existence du projet Free Digital Money, qui est destiné à stimuler l'innovation dans le domaine de la monnaie virtuelle²⁷¹. Enfin, il importe de préciser que la monnaie digitale est convertible en métaux précieux, comme l'or et l'argent, ou en une devise forte, comme le dollar états-unien ou l'euro.

267. INFOSPACE INC., 2005 Annual Report, [En ligne], 2007, [investor.infospaceinc.com/annuals.cfm].

268. B.C. NEUMAN et G. MEDVINSKY, «NetCheque, NetCash, and the Characteristics of Internet Payment Services», *MIT Workshop on Internet Economics*, mars 1995, p. 1-3, [En ligne], [www.press.umich.edu/jep/works/NeumNetPay.html]. NetBank comparait NetCash à l'utilisation de devises étrangères : «when we travel to a foreign country, we obtain the local currency to make our purchases [...] When we return home, we usually cash-in our foreign currency [...] This is similar to what folks who live near a national border might do. If they frequently cross the border, they might always want some local currency in their pocket» : NETBANK, *NetCash: The USC Anonymous network payment research prototype*, p. 1, [En ligne], 1997, [ghost.isi.edu/info/netcash]. NetBank utilisait des devises appelées «coupons NetCash» – maintenant hors service –, qui pouvaient être échangées en main propre, à la manière des pièces de monnaie ou des billets de banque. L'utilisation de NetCash était gratuite, sauf pour les conversions, tel l'échange de devises. Cela était un atout sur les cartes de crédit, lesquelles exigent des frais au marchand lors de chaque transaction. Les consommateurs trouvaient également des avantages dans le fait qu'ils n'avaient pas à transmettre leur numéro de carte de crédit par Internet. Comme pour tout mécanisme de micropaiement virtuel, un inconvénient découlait du fait que personne n'était tenu d'accepter cette forme de monnaie, puisqu'elle n'avait aucun pouvoir libératoire. De plus, NetCash ne permettait pas le même anonymat que DigiCash : B.C. NEUMAN et G. MEDVINSKI, *id.*, p. 1.

269. Voir le site Web de NetBank : www.netbank.com.

270. Il serait fastidieux, sinon inutile, de mentionner toutes ces entreprises. Nous renvoyons le lecteur au site Web suivant : giexc.com.

271. Voir le site Web suivant : www.freedmoney.org.

L'argent digital demeure la seule forme de monnaie susceptible d'être comprise sous le couvert de la définition classique de la monnaie. Le rôle premier de la monnaie, soit d'être un moyen d'échange, semble être rempli par la monnaie virtuelle. Toutefois, la seconde fonction, la réserve de valeur, représente un obstacle, puisque cette monnaie ne peut servir qu'à acquérir des biens ou des services et n'est pas convertible en espèces. À première vue, ce manque de convertibilité peut sembler un inconvénient²⁷². Toutefois, si la convertibilité de l'argent digital en devises traditionnelles devait exister, il serait nécessaire de trouver une réserve monétaire dans l'économie pour chaque monnaie électronique créée. Ainsi, cette nouvelle monnaie ne porterait aucun intérêt, puisque l'intérêt rapporté serait contrebalancé par l'intérêt sur l'argent traditionnel nécessaire pour le supporter. Donc, dans un tel système, les banques n'auraient aucun incitatif à prêter de l'argent non productif d'intérêts. Dans un monde réel, cependant, le crédit virtuel remplace le besoin d'une pleine convertibilité, comme cela a été le cas lors de l'introduction de monnaies métalliques et de papier²⁷³.

Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises en première partie de ce texte, l'histoire a démontré que l'introduction de nouvelles formes de monnaies, telles la monnaie métallique ou la monnaie de papier, était assurée d'un succès si l'émission provenait des autorités officielles, habituellement les banques centrales. Cela soulève deux interrogations. Le pouvoir d'émission de l'argent virtuel revient-il de plein droit à ces autorités²⁷⁴? Quel est leur rôle relativement à l'émission de l'argent virtuel²⁷⁵?

Kerry-Lynn Macintosh plaide en faveur d'un laisser-faire concernant la réglementation de la monnaie²⁷⁶. Se fondant sur les travaux de l'économiste Friedrich A. Hayek²⁷⁷, qui attribuait l'inefficacité du système des paiements au monopole gouvernemental sur l'émission de l'argent, elle mentionne qu'une liberté des forces du marché dans l'émission de la monnaie virtuelle favoriserait l'émergence d'une monnaie de qualité

272. P. TRUDEL, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 19-40.

273. «Electronic Money: So Much for the Cashless Society», *The Economist*, vol. 333, n° 7891, 26 novembre 1994, p. 21, 23.

274. Le cas échéant, il serait possible d'alléguer qu'une émission d'argent virtuel par un émetteur autre qu'une banque centrale constituerait une infraction criminelle au sens de l'article 460 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46!

275. Pour une revue des opinions divergentes sur la question, voir : M. KIANIEFF, «Show Me the Money! A Critical Evaluation of Laissez-Faire Internet Currencies», (2002) 17 *B.F.L.R.* 215.

276. K.-L. MACINTOSH, «How to Encourage Global Economic Commerce: The Case for Private Currencies on the Internet», [1998] 11 *Harv. J.L. & Tech.* 733.

277. F.A. HAYEK, *Denaturalisation of Money*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1976, p. 20.

supérieure à la monnaie émise par l'entremise d'une convergence et d'une meilleure stabilité des prix et des devises²⁷⁸.

Dans un plaidoyer étoffé sur la question, Joshua B. Konvisser allègue plutôt qu'aux États-Unis ce droit devrait être exercé uniquement par la Réserve fédérale²⁷⁹. À cet égard, il invoque des arguments historiques et économiques. D'abord, il rappelle que, durant l'époque précédant la création de la Réserve fédérale en 1913, l'argent émis par les États était escompté, ce qui a causé l'instabilité du système monétaire et miné la confiance du public. De plus, il mentionne qu'un système parallèle d'émission de l'argent est coûteux et inefficace²⁸⁰.

Considérant qu'il soit plausible d'affirmer que la banque centrale devrait être la seule émettrice de la monnaie virtuelle, les arguments soulevés par Konvisser méritent une attention particulière. S'il est vrai que le pouvoir d'émission de l'argent conféré aux banques centrales tire son origine du manque de confiance du public envers le système bancaire, la problématique soulevée par Internet exige une solution différente. Selon nous, l'un des principaux motifs qui justifient les banques centrales de conserver cette chasse gardée repose sur la nécessité pour le gouvernement central de contrôler la politique monétaire du pays. D'ailleurs, la Banque des règlements internationaux s'est exprimée en ce sens, mentionnant que les banques centrales devaient adapter les agrégats monétaires pour incorporer la monnaie électronique émise par les institutions privées et prévoir la possibilité que son utilisation puisse modifier la vitesse de la monnaie et nuire à la gestion de la politique monétaire²⁸¹. Ainsi, la solution à l'épineuse question du contrôle de la monnaie virtuelle doit être recherchée essentiellement dans la possibilité de contrôler les paramètres macroéconomiques, et non simplement dans le choix d'une banque centrale comme seule émettrice de la nouvelle monnaie virtuelle. D'ailleurs, une émission d'argent électronique par les institutions financières, sous la tutelle d'une banque centrale, permettrait de tempérer les effets potentiellement néfastes d'une émission trop volumineuse de monnaie digitale.

278. K.-L. MACINTOSH, *loc. cit.*, note 276, 755-768. Pour une opinion en ce sens, voir également : S. GIANNAKOUDI, « Internet Banking : The Digital Voyage of Banking and Money in Cyberspace », [1999] 8 *I. & Comm. T. L.* 205.

279. J.B. KONVISSEER, « Coins, Notes, and Bits : The Case for Legal Tender on the Internet », (1997) 10 *Harv. J.L. & Tech.* 321. Voir également : M. KIANIEFF, *loc. cit.*, note 275.

280. À cet égard, J.B. KONVISSEER, *loc. cit.*, note 279, 335-337, cite en exemple le cas des multiples systèmes de guichets automatiques aux États-Unis. Il eût été intéressant que cet auteur procède à une analyse comparative avec le système Interac afin de tester son hypothèse, puisque ce dernier jouit d'un monopole de fait au Canada. À ce sujet, voir *supra*, note 193.

281. COMITÉ SUR LES SYSTÈMES DE PAIEMENT ET DE RÈGLEMENT, *op. cit.*, note 200, p. 9-11.

L'expérience a démontré qu'un apport trop rapide et important d'argent dans l'économie crée une crise d'inflation, ce qui mène parfois à une récession²⁸². Pour cette raison, si des institutions du secteur privé se voyaient octroyer le pouvoir d'émettre de la monnaie, il faudrait veiller à assurer un certain contrôle de la quantité émise. À titre d'illustration, ce problème se pose actuellement en Chine alors que le Groupe Tencent émet depuis 1999 une messagerie instantanée appelée « QQ », laquelle nécessite une monnaie dénommée « Q-Coin ». Cette dernière est devenue très populaire dans le cyberspace chinois, étant utilisée non seulement pour le système « QQ », mais pour d'autres types d'achat²⁸³. La croissance exponentielle de cette monnaie a forcé le gouvernement chinois et la Banque centrale de Chine à réfléchir sur sa réglementation afin de limiter son impact négatif sur l'économie chinoise²⁸⁴.

En 2000, le Parlement européen a présenté une directive destinée à encadrer les émetteurs de monnaie électronique pour s'assurer de la

282. À titre d'exemple, l'émission d'argent pour financer les guerres, telle la guerre de l'Indépendance des États-Unis, représente un cas classique : M.M. SCHWEITZER, « State-Issued Currency and the Ratification of the U.S. Constitution », *Journal of Economic History*, vol. 49, 1989, p. 311, 317. Plus récemment, l'ouverture du Mexique aux capitaux étrangers sans aucune politique sérieuse à cet égard a mené le pays vers une grave crise du peso : J. GAVITO, A. SILVA et G. ZAMARRIPA, « Mexico's Banking Crisis : Origins, Consequences, and Countermeasures », dans G. M. VON FURSTENBERG (dir.), *Regulation and Supervision of Financial Institutions in the NAFTA Countries and Beyond*, Boston, Kluwer Academic, 1997, p. 229 ; M. ESPINOSA et S. RUSSELL, « The Mexican Economic Crisis : Alternative Views », *Federal Reserve Bank of Atlanta Economic Review*, janvier-février 1996, p. 21 ; J.W. GUNTER, R.R. MOORE et G.D. HORT, « Mexican Banks and the 1994 Peso Crisis : The Importance of Initial Conditions », *North American Journal of Economics and Finance*, vol. 7, n° 2, 1996, p. 125 ; W.A. LOVETT, « Lessons from the Recent Peso Crisis in Mexico », (1996) 4 *Tulane J. of Int'l & Comp. Law* 143.

283. Selon des statistiques de mars 2007, il y aurait plus de 200 millions d'utilisateurs de la monnaie « Q-Coin », mais le président de Tencent affirme que celle-ci ne représente qu'une méthode de paiement, et non une monnaie digitale : JONGO NEWS, *Tencent denies that "Q-coin" is a virtual currency*, 22 mars 2007, [En ligne], [news.jongo.com/articles/07/0322/9937/OTkzNwsgAPGVv.html].

284. RADIO 86 – TOUT SUR LA CHINE, « La Chine observe de plus près la monnaie virtuelle sur Internet », *CRI Nordic, International Herald Tribune*, 7 mars 2007, [En ligne], [www.radio86.fr/la-chine-en-profondeur/lactu-du-jour/3636/la-chine-observe-de-plus-pres-la-monnaie-virtuelle-sur-internet] ; CINCO DIAS, « El Banco Central Chino Intenta Controlar el Uso de la Q-Coin, una Moneda Virtual », *CincoDias.com [de Madrid]*, 12 janvier 2007, [En ligne], [http://www.cincodias.com/articulo/economia/banco/central/chino/intental/controlar/uso/Q-Coin/moneda/virtual/cdspor/20070112cdscdseco_3/Tes/]; NICHOLAS NING, *Virtual Currency Proves Real Issue*, ShanghaiDaily.Com, 3 septembre 2007, [En ligne], [www.shanghaidaily.com/sp/article/2007/200703/20070309/article_308448_1.htm].

«remboursabilité» par ceux-ci envers les porteurs ou les consommateurs²⁸⁵. La Directive 2000/46/CE tranche le débat entre les protagonistes de la liberté d'émission de la monnaie électronique et ceux qui considèrent que l'État doit assumer un rôle actif dans l'émission de la monnaie. En vertu de cette directive, une «entreprise de monnaie électronique²⁸⁶» peut émettre cette devise²⁸⁷ à la condition de respecter les exigences en matière de capital initial et de fonds propres permanents²⁸⁸ et de faire l'objet d'une réglementation prudentielle afin d'assurer une saine gestion de ses activités²⁸⁹. À nos yeux, cette directive constitue le meilleur compromis pour résoudre la question de la réglementation de l'émission de la monnaie. Pour leur part, les gouvernements canadien et québécois n'ont présenté aucune politique destinée précisément aux paiements en ligne, mais l'Association des

285. CE, *Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements*, [2000] J.O. L 275/39 [Directive 2000/46/CE]. Cette directive constitue en quelque sorte une mise à jour d'une résolution du Parlement européen de 1998 qui réglementait les cartes à mémoire : CE, *Résolution sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, à l'Institut monétaire européen et au Comité économique et social intitulée «Accroître la confiance de la clientèle dans les moyens électroniques de paiement dans le cadre du marché unique»*, précitée, note 256. Sur cette question, voir également : CE, *Résolution sur la monnaie électronique et l'Union économique et monétaire*, [1998] J.O. C 34/35. Cette résolution adopte les recommandations d'une étude fondée sur le rapport suivant : PARLEMENT EUROPÉEN, COMMISSION ÉCONOMIQUE, MONÉTAIRE ET DE LA POLITIQUE INDUSTRIELLE, *Rapport sur la monnaie électronique et l'Union économique et monétaire*, A4-0417/97 (19 déc. 1997) (rapporteur : J. STEVENS).

286. L'article 1 (3) (a) de la Directive 2000/46/CE, précitée, note 285, définit l'«établissement de monnaie électronique» comme «une entreprise ou toute autre personne morale, autre qu'un établissement de crédit [...] qui émet des moyens de paiement sous la forme de monnaie électronique». Un établissement de crédit est défini par la directive suivante : CE, *Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice*, [2000] J.O. L 126/1, art. 1 (1) [Directive 2000/12/CE].

287. L'article 1 (3) (b) de la Directive 2000/46/CE, précitée, note 285, prévoit que, «[a]ux fins de la présente directive, on entend par la monnaie électronique : une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est : i) stockée sur un support électronique ; ii) émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise ; iii) acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur».

288. Directive 2000/46/CE, précitée, note 285, art. 4 ; Directive 2000/12/CE, précitée, note 286, art. 34.

289. Directive 2000/46/CE, précitée, note 285, art. 6-7.

banquiers canadiens et l'Association canadienne des paiements ont déjà énoncé des stratégies à cet égard²⁹⁰.

L'analyse de la première période de l'évolution de la monnaie par Internet renforce les théories de la convergence des monnaies et de la dématérialisation des instruments de paiement. Parmi les cartes de crédit en ligne, les chèques virtuels et la micromonnaie, la carte de crédit en ligne a émergé comme le choix privilégié des cybernautes. Toutefois, cette analyse remet en cause le rôle d'une banque centrale dans sa forme actuelle dans le développement de cette nouvelle monnaie numérique. La solution proposée par le Parlement européen est très avant-gardiste à cet égard.

2.2 La seconde période : l'innovation

Alors que les débuts du paiement par Internet furent caractérisés par une transposition de la carte de crédit, du chèque et de la monnaie dans une forme électronique afin d'encourager la confiance des internautes, ces instruments de paiement ont subi une métamorphose depuis quelques années. D'abord, plusieurs tentatives ont échoué dans leur capacité à obtenir l'assentiment populaire, comme nous l'avons mentionné plus haut. Ensuite, les paiements en ligne se développent à une période où le chèque est en déclin dans plusieurs pays pour les paiements de consommation et où les cartes de paiement prennent de plus en plus d'importance aux yeux des consommateurs²⁹¹. Ainsi, la carte de crédit, déjà couramment utilisée pour les transactions en personne et par téléphone, a séduit nombre de cybernautes. Néanmoins, si la convergence vers ce moyen de paiement semble en voie de résoudre les problèmes de paiement entre un consommateur

290. ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, *Le commerce électronique*, [En ligne], 2001, [www.cba.ca/fr/]; ACP, *Principes et lignes directrices pour les paiements sur les réseaux de communication ouverts*, [En ligne], 2000, [www.cdnpay.ca/].

291. En ce qui concerne le Canada, le pourcentage de paiements électroniques est en constante évolution par rapport aux effets papier. Alors qu'en 1990 le volume de paiements électroniques représentait 13,4 p. 100 par rapport à 86,6 p. 100 pour les effets papier (la valeur étant de 0,6 p. 100 contre 99,4 p. 100 respectivement), ce pourcentage représentait en 2006 la proportion de 77,51 p. 100 de paiements électroniques contre 22,49 p. 100 pour les effets papier (la valeur étant toutefois de 31,81 p. 100 contre 78,19 p. 100 pour les effets papier): ACP, « Statistiques », *CDNpay*, [En ligne], 2007, [www.cdnpay.ca/publications/acss_percent_fr.asp]. Par ailleurs, il faut mentionner que le chèque est toujours très populaire auprès des consommateurs français. Il est difficile d'expliquer ce phénomène, mais il semble que le chèque barré et la rigueur des articles L131-84 et suivants du *Code monétaire et financier*, qui prévoient un interdit bancaire d'une durée de cinq ans et une inscription au Fichier central des chèques de la Banque de France pour le tireur d'un chèque sans fonds, ait une influence certaine.

et une entreprise ainsi que les paiements interentreprises, la question du paiement entre particuliers n'est pas résolue.

Quelques tentatives ont été faites récemment pour résoudre ces interrogations. Ainsi, la seconde période de l'évolution des paiements en ligne a vu des innovations de la part des chambres de compensation, qui s'intéressent précisément au paiement interentreprises. Ces développements peuvent être considérés comme majeurs par rapport au stade d'évolution des réseaux interbancaires de communication, mais ils demeurent relativement modestes en comparaison des autres systèmes de paiement en ligne (2.2.1). Parmi ces derniers, nous regarderons les récents développements (2.2.2), lesquels ont rapidement abouti au succès de PayPal (2.2.3). En ce qui concerne tant l'arrivée des réseaux interbancaires dans le cyberespace que le paiement électronique entre particuliers, ces développements constituent une innovation majeure dans l'ère des paiements électroniques de consommation. En définitive, cette seconde période est marquée par un regain des instruments de paiement et le délaissement de la monnaie virtuelle *per se*.

2.2.1 Les réseaux de communication interbancaires

Depuis plusieurs siècles, les ordres de paiement sont transférés et compensés périodiquement par des réseaux de communication interbancaires, également appelés «chambres de compensation²⁹²». Au fil des ans, l'augmentation du volume de paiements et les développements technologiques ont permis la spécialisation de ces chambres, notamment pour le traitement des chèques et des paiements électroniques de grande valeur²⁹³. Depuis quelques années, plusieurs innovations ont été apportées par les réseaux de communication interbancaires, dont la possibilité de compenser les paiements de grande valeur en temps réel. La plupart de ces ordres de paiement continuent d'être transférés par l'entremise de réseaux fermés — aussi appelés «lignes dédiées».

En dépit des incertitudes techniques et juridiques qui entourent le réseau Internet, certains réseaux de communication interbancaires de paie-

292. Aux fins de notre article, nous employons de manière interchangeable les termes «chambre de compensation», «réseau interbancaire» et «compensation interbancaire» pour illustrer ce concept.

293. En général, un paiement de grande valeur correspond à 50 000 dollars canadiens ou plus pour les systèmes canadiens, à 50 000 dollars américains pour les réseaux états-unis et à 50 000 euros pour les réseaux européens. La plupart des réseaux de grande valeur acceptent toutefois des paiements de moindre valeur que ces montants.

ment, de grande et de moindre valeurs²⁹⁴, ont entrepris l'élaboration de prototypes qui permettent la transmission des ordres de paiement en réseau ouvert²⁹⁵. Dans les paragraphes qui suivent, nous analysons les prototypes des chambres de compensation de moindre valeur — aussi appelées « compensation de gros » — National Automated Clearing House Association (NACHA) et Bankers Automated Clearing Service (BACS)²⁹⁶, des chambres de compensation en ligne Interpay et Equeens, des chambres de compensation de grande valeur CHIPS, Fedwire et SIC, ainsi que du réseau de communication interbancaire Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication Limited Liability Co-operative (SWIFT)²⁹⁷. La collaboration de ces organismes contribuera sans aucun doute à limiter la vulnérabilité technique d'Internet et à rehausser les perceptions parfois erronées relativement à ce médium. Il faut noter que les chambres de compensation de moindre valeur furent des précurseurs à l'égard des développements technologiques et furent les premières à apprivoiser Internet, ce qui a ainsi inspiré les grands réseaux.

En ce qui concerne les chambres de compensation de moindre valeur, aux États-Unis, la NACHA regroupe les réseaux régionaux du réseau de communication interbancaire Automated Clearing House (ACH) depuis sa création en 1974²⁹⁸. Créé en 1996, l'Internet Council a joué un rôle déterminant en élaborant les *NACHA Operating Rules* pour les transmissions par Internet (*Internet-Initiated ACH Entries (WEB Entries)*) en mars 2001,

294. Les systèmes de paiement de moindre valeur trouvent leur importance dans le transfert d'une quantité importante de fonds de faible valeur. Ils se caractérisent typiquement par des paiements préautorisés de débit ou de crédit. Ces systèmes sont moins onéreux à exploiter, mais ils nécessitent un délai de traitement des paiements plus long.

295. Cette nouvelle phase d'évolution des chambres de compensation n'est pas sans poser plusieurs problèmes, notamment au regard de leur sécurité légendaire.

296. Le Bankers Automated Clearing Service (BACS), fut créé en 1968 : il était alors connu sous le nom d'« Inter Bank Computer Bureau ». En 1971, il changea son nom pour « BACS », lequel fut modifié en 1985 pour « BACS Limited ». En 2003, BACS s'est scindé en deux entreprises, soit BACS Ltd., qui s'occupe du fonctionnement du système de paiement, et BACS Payment Schemes Limited (BPSL), responsable de l'établissement des règles de compensation.

297. SWIFT constitue un réseau de communication interbancaire, car il ne sert qu'au transport des données et il n'effectue pas la compensation des paiements.

298. Les débuts de l'ACH remontent à 1970, alors qu'un groupe de banquiers forma le Special Committee on Paperless Entries (SCOPE) afin d'examiner la possibilité d'informatiser les systèmes de paiement. SCOPE a été remplacé par l'ACH en 1972, qui, à son tour, forma plusieurs associations régionales. L'arrivée de NACHA est venue chapeauter et coordonner ces associations. Voir : NACHA, *2003 Electronic Payments Review and Buyer's Guide*, The Electronic Payments Association, Herndon, 2003, p. 18, [En ligne], [www.nacha.org/OtherResources/buyers2003/Understanding_the_ACH.pdf]. Le réseau ACH vise principalement la compensation des paiements de moindre valeur – de

soit avant tous les réseaux de communication de grande valeur. Notamment, ces règles du Web ont établi un niveau de sécurité minimal pour les consommateurs qui désirent utiliser les transferts ACH (*ACH Debits*) lancés par Internet²⁹⁹.

Le système BACS a pour objet la compensation de fonds pour les paiements périodiques de salaires, de factures courantes ou de primes d'assurances et les cartes de paiement³⁰⁰; elle représente la chambre de compensation de gros la plus importante d'Angleterre³⁰¹. Après avoir amélioré son système par la création de BASCTEL, BACS a introduit une nouvelle version de BACSTEL-IP en janvier 2006 afin de faciliter la transmission de crédit et de débit direct³⁰².

En ce qui a trait aux chambres de compensation en ligne, l'entreprise néerlandaise Dutch Interpay Nederland B.V. (Interpay) offre un service complet de compensation et de règlement entre les banques, les entreprises et les consommateurs européens, notamment pour les paiements par cartes et les paiements de gros de même que par Internet. Créée en 1994 et issue de plusieurs entreprises³⁰³, Interpay s'est jointe à l'entreprise allemande Transaktionsinstitut für Zahlungsverkehrsdienstleistungen AG en 2003 — également fournisseur de services de paiement par Internet³⁰⁴ — pour fonder la compagnie Equens³⁰⁵. Cette dernière est ainsi devenue « le premier fournisseur de service paneuropéen qui regroupe volumes, traitement et expertise sur toute la chaîne de la valeur de paiements grâce à une collaboration internationale, dans un marché européen de plus en plus consolidé³⁰⁶ ». Quelques semaines avant cette fusion, Interpay s'était associée à SWIFT

consommation ou commerciaux, pour les PME —, tout en permettant la compensation des paiements de grande valeur. NACHA s'est montrée très avant-gardiste dans la mutation de la compensation interbancaire en lignes dédiées vers les réseaux ouverts.

299. À ce sujet, voir : THE INTERNET COUNCIL, *2006 Annual Membership Annual Report*, [En ligne], 2006, [internetcouncil.nacha.org].

300. Voir en général : M. HAPGOOD, *Paget's Law on Banking*, 11^e éd., Londres, Butterworths, 1996, p. 267-269; voir également le site Web du BACS : www.bacs.co.uk. Il existe environ 40 000 participants enregistrés avec le BACS, et il traite plus de trois milliards de transactions par année.

301. Ce système appartient à un consortium de banques et d'entreprises, et il agit en tant qu'Association of Payment Clearing Services (APACS). Voir son site Web : www.apacs.org.uk.

302. Voir la page Web du BACS : www.bacs.co.uk/bpsl/bacstelip. Ce système basé sur le protocole Internet utilise la cryptographie à clé publique pour en assurer la sécurité.

303. Ces entreprises sont BankGiroCentrale, BeaNet et Eurocard.

304. Voir le site Web : www.transaktionsinstitut.de.

305. NEWS RELEASE, « La fusion Interpay – Transaktionsinstitut est finalisée », *PR Newswire*, [En ligne], 21 septembre 2006, [www.prnewswire.co.uk/cgi/news/release?id=179575].

306. *Ibid.* Voir également la fenêtre virtuelle de Equens : [En ligne], [www.equens.com].

pour offrir l'interconnexion aux clients des 25 pays membres de la zone SEPA dès janvier 2008.

En ce qui concerne les chambres de compensation de grande valeur, les deux principales chambres de compensation états-uniennes, CHIPS et Fedwire, offrent des services par Internet. Après avoir introduit l'échange de documents informatisés (mieux connu sous l'acronyme EDI), CHIPS a annoncé l'implantation d'un système de compensation et de règlement en temps réel pour les paiements intérieurs, ce qui représente un pas vers l'utilisation complète d'Internet pour les banques et les clients commerciaux, en dépit de nombreux obstacles. À l'instar de CHIPS, Fedwire représente un réseau américain d'envergure nationale destiné à la compensation et au règlement des paiements—principalement de grande valeur—entre les banques de la Réserve fédérale américaine et les institutions de dépôt qui possèdent un compte de réserve ou de compensation à l'une de ces banques³⁰⁷. En 2001, Fedwire a ajouté un nouvel outil en ligne pour ses clients, appelé « FedLine Web³⁰⁸ », qui permet d'offrir plusieurs services d'information relativement aux virements, aux valeurs mobilières ou au service de compensation.

La chambre de compensation SIC, destinée à compenser les paiements de grande valeur³⁰⁹, avait créé une ouverture vers Internet par

307. Fedwire est détenu par les douze banques membres de la Réserve fédérale, reliant près de 10 000 institutions financières – y compris la Banque du Canada et certaines banques canadiennes. Cette chambre de compensation est soumise à une réglementation spécifique: *Subpart B – Funds Transfer Through Fedwire*, 12 C.F.R. § 210 (1990) qui est émise en vertu de la *Federal Reserve Act*: 12 U.S.C. § 342, 464, 248 (o), 248 (i) et (j), ainsi que par la FEDERAL RESERVE BANK, *Funds Transfer Through The Fedwire Funds Service*, (Operating Circular n° 6), 5 septembre 2006, [En ligne], [www.frb services.org/operatingcircular/pdf/06.pdf].

308. Pour des détails sur Fedline Web, voir le site Web de Fedwire: www.frb services.org/Electronic-Access/app/Fedline_web.jsp.

309. SIC accepte des paiements – en francs suisses ou en euros – de toutes les tailles, mais les paiements de moins de 1 million de francs suisses ne représentent qu'environ 15 p. 100 du total: D. HELLER, T. NELLEN et A. STURM, *The Swiss Interbank Clearing System*, juin 2000, p. 16, [En ligne], [wbln0018.worldbank.org/html/FinancialSectorWeb.nsf/(attachmentweb)/TheSwissInterbankClearingSystem/\$FILE/TheSwissInterbankClearingSystem.pdf]. Afin de traiter des paiements autres qu'en francs suisses, SIC exploite un système appelé « multiSIC », qui représente une plate-forme multimonnaies du type règlement brut en temps réel (RBTR) mieux connu en anglais sous le sigle RTGS. Par ailleurs, le système « euroSIC » permet à la Suisse de se raccorder directement aux systèmes nationaux européens de compensation qui utilisent l'euro. Afin de diminuer les problèmes d'engorgement, SIC a adopté une structure tarifaire progressive qui favorise la division des paiements. Depuis 1989, SIC permet un crédit journalier aux participants

l'adoption de «payGATE^{web}»³¹⁰. Ce projet est remplacé par le nouveau projet «payROUTE», qui permet aux utilisateurs de SIC, c'est-à-dire les banques commerciales, de transmettre en ligne les ordres de paiement à la chambre de compensation³¹¹. Quant à l'ACP, elle offre quelques services par Internet, soit la possibilité de créer une image des chèques et la possibilité de compenser les paiements en ligne³¹².

Pour ce qui est du réseau de communication interbancaire SWIFT, il a annoncé dès 1997 son intention de migrer vers le cyberspace. Parmi la nouvelle gamme de produits, le projet SWIFTNet a été développé en 2001-2002 et est maintenant opérationnel depuis 2003. Le développement de la seconde phase de SWIFTNet est prévu pour 2007-2008. À titre d'exemple, le système SWIFTNet Bulk Payments est utilisé pour le transfert de paiement de gros (en paquets) par ses clients, qu'ils soient des chambres de compensation ou des entreprises commerciales³¹³.

2.2.2 Les paiements émergents

Les particuliers ont maintenant la possibilité de se payer entre eux par Internet et par téléphone cellulaire — ou autres appareils similaires. Au Canada, l'entreprise CertaPay³¹⁴, qui appartient au concepteur d'Interac,

et ceux-ci ont la possibilité de fournir des sûretés pour garantir un emprunt. SIC s'est montré très avant-gardiste en choisissant un système RBTR, bien avant que cette idée soit adoptée par ses semblables.

310. Pour plus de renseignements sur ce projet, voir : G. KELLER, «Migration DTA et LSV», *ClearIT*, vol. 17, juillet 2003, p. 13, [En ligne], [www.sic.ch/fr/dl_tkicch_clearit17.pdf]; J. BRETT, «PayCOM^{web} : encore plus rapide, simple et économique», *ClearIT*, vol. 11, novembre 2001, p. 10, [En ligne], [www.sic.ch/fr/dl_tkicch_clearit11.pdf]; E. RÜDISÜLI, «PayGATE^{web} : solution Web pour les prestations DTA/LSV», *ClearIT*, vol. 11, novembre 2001, précité, p. 11; P. SUTTER, «Prestations DTA/LSV par le biais d'Internet», *ClearIT*, vol. 17, juillet 2003, précité, p. 11.

311. G. KELLER, «payROUTE en production», *ClearIT*, vol. 22, décembre 2004, p. 13, [En ligne], [www.sic.ch/fr/dl_tkicch_clearit22.pdf] .

312. *Supra*, notes 242-247 et le texte correspondant. Voir également : ACP, *Règle E2 – Échange d'effets de paiement électronique en ligne aux fins de la compensation et du règlement*, [En ligne], 2006, [http://www.cdnpay.ca/rules/pdfs_rules/rule_e2_fr.pdf].

313. Voir : SWIFT, «SWIFTNet Bulk Payments», [En ligne], 2006, [www.swift.com/index.cfm?item_id=41977]. Les autres services de SWIFTNet sont : SWIFTNet Accord, SWIFTNet Affirmations, SWIFTNet Cash Reporting, SWIFTNet CLS Third Party Service, SWIFTNet Corporate Actions, SWIFTNet Data Distribution, SWIFTNet Exceptions and Investigations, SWIFTNet FIX, SWIFTNet Funds, SWIFTNet Trade Services Utility et SWIFTSolutions for Payments Clearing.

314. Voir le site Web de Interac : www.certapay.com/fr/index.html.

Acxsys Corporation³¹⁵, offre aux consommateurs le service de paiement par Internet³¹⁶. Le fonctionnement est simple et s'inspire d'un transfert électronique de fonds. En bref, le particulier (payeur) demande à sa banque de payer un autre particulier (bénéficiaire). La banque du payeur transmet l'ordre de paiement — appelé « virement de fonds par courriel » ou « *Email Money Transfer* » — au réseau CertaPay, lequel transfère l'ordre à la banque du bénéficiaire. CertaPay agit comme un intermédiaire entre les parties, car celles-ci doivent accéder à leur compte bancaire par Internet pour utiliser le service CertaPay. La compensation se fait par le réseau Interac. Aucune information financière n'est transmise par courriel, à l'exception de l'adresse de courrier électronique du bénéficiaire et du montant transféré.

Une nouvelle étape a toutefois été franchie dans le monde des paiements électroniques grâce à la possibilité de transférer de l'argent sans contact, soit d'un téléphone cellulaire à un autre³¹⁷, soit au moyen d'une autre technologie sans fil³¹⁸. Le service par téléphone cellulaire s'est d'abord développé au Japon et en Corée du Sud avant de séduire l'Europe et l'Amérique³¹⁹. Plusieurs entreprises offrent le service de paiement par téléphone cellulaire, comme Motorola, Nokia et Samsung³²⁰. Une autre entreprise connue et innovante, FSTC, tente de pénétrer ce marché promet-

315. Acxsys Corporation représente un consortium détenu par cinq institutions financières : la BMO Banque de Montréal, la CIBC, la RBC Banque Royale, la Banque Scotia et la Banque Toronto-Dominion.

316. PayPal permet également ce service : *infra*, section 2.2.3.

317. K. HART, « Mom-and-Pop to Try Cellphone Payment », *Washington Post*, 26 septembre 2006, p. D01 ; G. BERTRAND, « Mettez l'addition sur mon téléphone cellulaire, svp ! », *Commerce*, vol. 105, août 2004, p. 8.

318. À titre d'exemple, il peut s'agir d'un paiement à partir d'un terminal « iPod » : « Un terminal de paiement compatible iPod », *Revue Banque*, vol. 678, 2006, p. 85.

319. R. GREBER, « Mobile Business pour le trafic des paiements », *ClearIT*, vol. 30, décembre 2006, p. 12, [En ligne], [http://www.sic.ch/fr/dl_tkicch_clearit30.pdf]. Au Japon, l'expérience a été tentée avec succès par NTT DoCoMo, mais, dans ce cas, le téléphone cellulaire est utilisé pour payer un marchand comme s'il s'agissait d'une carte à mémoire : M.-È. MORASSE, « Payer son BigMac avec un cellulaire », *La Presse Affaires*, 2007, [En ligne], [technaute.lapresseaffaires.com/nouvelles/texte_complet.php?id=81,12399,0,022007,1334117.html&ref=guichet] (27 février 2007) ; WIKIPÉDIA, *Téléphone mobile*, [En ligne], 2007, [fr.wikipedia.org/wiki/T%C3%A9l%C3%A9phone_mobile].

320. Quelques autres entreprises moins connues du grand public offrent ce service : PostFinance, avec le système YellowPay : www.postfinance.ch (Suisse) ; Cornèr Banca : www.cornerbanca.com (Italie) ; Telekurs Multipay : www.telekurs-multipay.com (Suisse) ; Firethorn Difference : www.firethornmobile.com (États-Unis) ; Obopay : www.obopay.com (États-Unis) ; ViVotech : www.vivotech.com (États-Unis) ; et le regroupement entre Metavante : www.metavante.com (États-Unis) et Monitise : www.monitise.com (Angleterre).

teur en collaboration avec l'entreprise Clearing House Payments Co.³²¹. Ce consortium se concentre sur les paiements commerciaux et entre particuliers, et tente de s'associer à des institutions financières. Au demeurant, il est à prévoir que, dans un avenir rapproché, les institutions financières s'associeront à certaines de ces entreprises. D'ailleurs, le président de Visa USA soulignait récemment l'importance du paiement sans contact, qui se trouve «at a critical moment in its development, and realizing its full potential will require close collaboration between the wireless and payment card industries. Given the striking similarities in the paths our two industries have traveled, it is only natural we have arrived at a moment of convergence», et il ajoutait que, «[i]n fact, the convergence of payments and mobile communications is not just logical—it is inevitable³²²». Visa n'en est qu'à un stade exploratoire, mais en 2006 elle s'est associée avec Cingular et JP Morgan Chase pour expérimenter la technologie sans fil Near Field Communication (NFC) dans la région d'Atlanta³²³. Pour sa part, MasterCard propose le système Nearby³²⁴.

Enfin, la réalité a rejoint la fiction dans le domaine des paiements électroniques. Une nouvelle technologie permet maintenant d'implanter une puce électronique sous-cutanée, appelée VeriChip, qui contient l'identité du détenteur. D'abord destinée au milieu médical, cette technologie est maintenant utilisée comme instrument de paiement³²⁵.

321. G. FEST, «Mobile Payments: FSTC Wants Turf Talks for Mobile Wallets», *Bank Technology News*, avril 2007, [En ligne], [www.banktechnews.com/article.html?id=20070327Z5GZ69G3]; FSTC, «FSTC and Clearing House Payments Company launch m-payments initiative», *Finextra*, 12 mars 2007, [En ligne], [http://www.finextra.com/fullpr.asp?id=13833].

322. VISA, «Visa CEO Sees Collaboration With Wireless Industry as Key to Unlocking Potential of Mobile Payments», *News Release*, 28 mars 2007, [En ligne], [usa.visa.com/about_visa/press_resources/news/press_releases/nr392.html].

323. G. FEST, *loc. cit.*, note 321. Ce prototype a pour objet de permettre à certains détenteurs de billets de saison des Hawks d'Atlanta, de la National Basketball Association, et des Thrashers d'Atlanta, de la Ligue nationale de hockey, de payer leur nourriture et leurs souvenirs par téléphone cellulaire.

324. Voir le site Web de MasterCard: www.mcnearby.com. MasterCard propose également le paiement par PayPass. Voir MASTERCARD, *MasterCard PayPass*, [En ligne], [www.mastercard.com/us/personal/en/aboutourcards/paypass/index.html].

325. Cette expérience a été tentée dans un club branché de Barcelone (Espagne), où un lecteur optique est présenté vis-à-vis le bras de la personne, où est incorporée la puce, pour débiter le montant correspondant aux consommations achetées. Voir: RADIO-CANADA, «IP: la vie surprenante de l'information personnelle», émission *Zone Doc*, 12 octobre 2007; B.J. FEDER et T. ZELLER JR., «Identity Badge Worn Under Skin Approved for Use in Health Care», *New York Times*, 14 octobre 2004, [En ligne], [www.nytimes.com/2004/10/14/technology/14implant.html].

Pour le moment, les services de paiement en ligne ne concernent que la relation particulier-entreprise. Le transfert se fait par radio-identification (*radio-frequency identification* (RFID)), parfois appelé « technologie sans contact », c'est-à-dire par des ondes et non par un fil. Un marqueur, ou radio-étiquette, incorpore une puce et une antenne dans le téléphone cellulaire. La sécurité des transmissions constitue l'obstacle majeur qui freine le développement de ce produit auprès des consommateurs³²⁶. Les problèmes liés au partage du coût et des revenus entre les fournisseurs et les institutions financières posent également une difficulté.

Motivée tant par les succès du système PayPal³²⁷ que par sa brillante réputation de moteur de recherche, Google a proposé un service de paiement par Internet à l'été 2006³²⁸. Le service Google Checkout, qui fonctionne d'une manière analogue au système PayPal, agit comme intermédiaire de paiement entre un acheteur et un vendeur³²⁹. Google Checkout accepte les cartes de crédit Visa, MasterCard, American Express et Discover. Malgré un rabais alléchant lors du lancement, le développement de Google Checkout demeure timide, ce qui s'explique non seulement par la convergence vers PayPal, mais également par des problèmes nuisant à la qualité du service³³⁰.

En considérant que les paiements effectués en réseaux fermés — transferts électroniques de fonds et paiements par carte — constituent la première génération de paiements électroniques, et que les paiements transmis en réseaux ouverts — par Internet — représentent la deuxième génération, il nous semble que les nouveaux modes de paiement électronique sans contact — téléphone cellulaire, puce sous-cutanée, etc. — pourraient être assimilés à des paiements de troisième génération.

326. K. HART, *loc. cit.*, note 317.

327. *Infra*, section 2.2.3.

328. S. SMITH, « The Google Vs. PayPal Smackdown: Wrestling for Your Virtual Wallet », *Computer Power User*, vol. 6, n° 10, octobre 2006, p. 84; D. LALONDE, « Google lance son service de paiement en ligne », *LesAffaires.com*, 30 juin 2006; « Google s'attaque à PayPal », *La Presse [de Montréal]*, 7 décembre 2006, Voir le site Web de Google Checkout : checkout.google.com.

329. Les données transmises demeurent confidentielles.

330. RÉSEAU CANOË – TECHNO-SCIENCES, « Google Checkout fait bien des mécontents », *Mercury News*, 28 novembre 2006, [En ligne], [www.canoe.com/cgi-bin/imprimer.cgi?id=266306]. Quelques mois après son lancement, Google Checkout a été accusée d'avoir facturé jusqu'à dix fois un client pour le même achat; en outre, ce système aurait mis plusieurs semaines à traiter certaines transactions, et il semble que certains commerçants n'aient pas reçu leurs paiements.

2.2.3 Le système PayPal

L'entreprise américaine PayPal constitue un intermédiaire de paiement en ligne très populaire parmi les internautes³³¹. Créée en 2000 à la suite d'une fusion entre Confinity et X.com, cette entreprise californienne est devenue une filiale du site d'enchères eBay en 2002³³². L'entreprise PayPal agit comme intermédiaire pour faciliter le transfert d'argent de manière sécuritaire et sans dévoiler l'information financière entre les particuliers, entre les particuliers et les entreprises, ou interentreprises, qui disposent d'une adresse de courriel. Le réseau «se base sur l'infrastructure financière existante de comptes et cartes bancaires afin de créer une solution de paiement en temps réel mondiale. [Il propose] un produit parfaitement adapté aux petites entreprises, boutiques en ligne, particuliers ou autres intervenants pour lesquels les systèmes de paiement classiques ne sont pas suffisants³³³.» Les paiements peuvent être effectués dans plus de 190 pays et en 16 devises³³⁴. Stimulée par la concurrence, l'entreprise PayPal a annoncé récemment que ses clients pourront transmettre des ordres de paiement par la voie d'un téléphone cellulaire³³⁵.

À titre d'illustration du fonctionnement du système PayPal, lors d'un achat sur eBay après l'adjudication d'un produit, l'acheteur doit ouvrir un compte auprès de l'entreprise PayPal, afin de permettre à celle-ci de prendre les fonds soit sur sa carte de crédit, soit à partir d'un virement bancaire. Lorsque le compte est ouvert, l'acheteur donne l'ordre au système PayPal

331. PayPal compte environ 45 millions de membres inscrits dans 38 pays. Il est possible d'effectuer un paiement PayPal par l'entremise d'un compte bancaire ou d'une carte de crédit. PayPal a reçu plusieurs prix pour la qualité de son site et de ses services. Pour en savoir plus, voir son site Web : www.paypal.com.

332. Plus précisément, eBay utilisait le service de paiement offert par Billpoint, mais les usagers ont préféré le service de PayPal, qui était alors offert pour faire des affaires sur le site d'eBay, sans toutefois appartenir à cette dernière. Vu la popularité de l'entreprise PayPal, eBay l'a acquise en octobre 2002. D'autres services de paiement en ligne qui permettaient d'acheter dans le site d'eBay ont fermé par la suite, soit le service Citibank's c2it (2003) et le service PayDirect de Yahoo! (2004). Le service BidPay de Western Union a été vendu en 2006 à CyberSource Corporation. Enfin, d'autres entreprises demeurent en service : Moneybookers, 2Checkout et Kagi. Voir : WIKIPÉDIA, *PayPal*, [En ligne], 2007, [en.wikipedia.org/wiki/PayPal].

333. PAYPAL, *Notre société*, [En ligne], 2007, [www.paypal.com/fr/cgi-bin/webscr?cmd=p/gen/about-outside].

334. Ces devises sont : le dollar canadien, le dollar américain, l'euro, la livre sterling, le yen, le dollar australien, le dollar néo-zélandais, le franc suisse, le dollar de Hong-Kong, le dollar de Singapour, la couronne suédoise, la couronne danoise, la couronne norvégienne, le zloty (Pologne), le forint (Hongrie) et la couronne tchèque.

335. J. LECLAIRE, «PayPal Goes Mobile With Cell Phone Payment System», *E-Commerce Times*, 24 mars 2006, [En ligne], [www.ecommercetimes.com/story/49559.html].

de payer le vendeur à son adresse de courrier électronique. Ce dernier reçoit un paiement provenant de l'adresse de courriel de l'acheteur. Le rôle du système PayPal est d'effectuer la concordance entre l'adresse de courriel de l'acheteur et le compte client à débiter ainsi qu'entre l'adresse de courriel du vendeur et le compte client à créditer. Seuls l'adresse du destinataire et le montant payé sont transmis au vendeur ; les données sensibles, comme le numéro de compte bancaire ou de carte de crédit, ne circulent pas dans Internet, mais demeurent dans les dossiers de l'entreprise PayPal³³⁶. Ce système transmet un paiement rapide et sécuritaire sans que les usagers aient à divulguer leurs données financières. En cas de problème entre les participants, l'entreprise PayPal offre un service de médiation et d'arbitrage³³⁷.

Les premières décisions de jurisprudence confirment l'application du droit actuel aux paiements par carte de crédit dans Internet ainsi qu'aux intermédiaires de paiement³³⁸. Cette raison corrobore le choix non équivoque des consommateurs qui ont clairement exprimé leur préférence envers la transmission en ligne de leur numéro de carte de crédit par rapport aux nouveaux chèques électroniques et à la micromonnaie³³⁹.

Il convient de distinguer entre, d'une part, les projets de cartes de crédit vraiment virtuelles qui n'ont jamais reçu l'assentiment général des internautes et, d'autre part, les intermédiaires qui transmettent le numéro de la carte de crédit, lesquels semblent obtenir la confiance des usagers. Il faut toutefois noter qu'en Europe la Financial Services Authority a autorisé l'entreprise PayPal à agir en tant qu'institution émettrice de monnaie électronique au sens de la Directive 2000/46/CE³⁴⁰ et de la *Financial Services and Markets Act 2000*³⁴¹. S'il est clair que cette entreprise n'est pas une

336. R.J. MANN, « Regulating Internet Payment Intermediaries », (2004) 82 *Tex. L. Rev.* 681, 683-686 ; M. GLASER et F. RE, « Instruments de paiement pour le commerce sur Internet », *ClearIT*, vol. 22, décembre 2004, p. 11, 12 [En ligne] [www.sic.ch/fr/dl_tkicch_clearit22.pdf].

337. PAYPAL, *Règlement relatif aux réclamations des acheteurs*, 7 juin 2007, [En ligne], [www.paypal.com/fr/cgi-bin/webscr?cmd=p/gen/ua/policy_buyer_complaint-outside]. L'article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 172, ne s'applique pas si l'arbitrage par PayPal a lieu entre deux consommateurs ou entre deux entreprises, ni pour un litige entre une entreprise et un consommateur québécois, car le cas échéant, il ne s'agit pas d'une clause compromissoire mais plutôt d'un compromis qui survient après le litige.

338. Précité, note 213.

339. *Supra*, notes 214-215 et le texte correspondant.

340. Précité, note 285.

341. *Financial Services and Markets Act 2000* (R.-U.), 2000, c. 8.

banque³⁴², il faut convenir que son système de paiement tombe sous la gouverne de l'article 3 de cette directive, lequel définit largement la monnaie électronique, contrairement à la définition de Crawford³⁴³. Aux yeux de certains auteurs, dont nous partageons l'avis, il est nécessaire de réglementer ces intermédiaires³⁴⁴.

Notre analyse de la seconde période de la monnaie électronique de seconde génération s'inscrit dans la suite de ce que nous avons exposé dans la première partie de notre texte au sujet des paiements papier et des paiements électroniques de première génération. Dans le présent cas, nous avons mis en relief la nouvelle dynamique des paiements par Internet et des paiements sans contact, qui domineront le marché des paiements de moindre valeur au cours des prochaines années. Pour le moment, le marché a vu émerger un fournisseur de paiement, PayPal, qui devient un intermédiaire important dans les transferts de fonds en ligne. Ce phénomène est très analogue au développement de la monnaie papier. En ce qui concerne les paiements de grande valeur, il est possible que les grands réseaux interbancaires abandonnent définitivement les transferts de fonds par lignes dédiées pour adopter les transferts en environnement ouvert, à la condition que ces réseaux offrent un niveau de sécurité adéquat.

Conclusion

L'analyse de l'évolution de la trajectoire de la monnaie électronique suscite plusieurs réflexions sur son développement. D'abord, le concept de monnaie est évolutif dans le temps, et nous constatons que la monnaie scripturale supprime de plus en plus la monnaie fiduciaire. Au demeurant, alors que l'arrivée des lettres de change montre les premiers signes de dématérialisation, la monnaie électronique s'informatise toujours plus rapidement. Les paiements de première génération, soit les virements télégraphiques et les paiements par cartes, ceux-ci ayant été introduits plusieurs années plus tard, eurent lieu en réseaux fermés. Depuis quelques années, ils ont cheminé vers des paiements de seconde génération — en réseaux ouverts —, d'abord à partir d'un ordinateur de table vers un ordinateur portable sans fil et ensuite vers un téléphone cellulaire. De cette première réflexion, il faut également convenir que les relations entre les créanciers et les débiteurs se sont améliorées au fil du temps par le développement des

342. Cela explique pourquoi le compte PayPal ne génère aucun intérêt sur l'argent déposé par ses clients et l'absence d'assurance-dépôts. Toutefois, PayPal offre une garantie sur l'argent détenu en cas de fraude financière.

343. *Supra*, notes 196-198 et le texte correspondant.

344. R. MANN et S.R. BELZLEY, « The Promise of Internet Intermediary Liability », (2005-2006) 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 240, 258.

intermédiaires dans le système des paiements, soit les réseaux de compensation interbancaires.

Ensuite, l'évolution de la monnaie tient à la convergence des émetteurs vers une situation monopolistique, pour la monnaie papier, ou oligopolistique, pour la monnaie électronique. L'exemple de la monnaie papier est très éloquent. Les monnaies du Canada et des États-Unis sont le fruit d'une convergence à partir de l'émission de plusieurs monnaies par les banques commerciales vers une monnaie unique émise par une banque centrale. D'une manière similaire, cette situation se retrouve dans les zones d'union monétaire, comme en Afrique de l'Ouest et en Europe. Dans ce dernier cas, la conjoncture est différente, car la BCE a mis en circulation l'euro à partir des monnaies nationales émises par les banques centrales de chaque pays. En ce qui concerne la monnaie électronique, il faut plutôt parler d'un marché oligopolistique, dominé par les grands émetteurs de cartes de crédit, pour les paiements électroniques de première génération, et par quelques émetteurs comme PayPal, pour les paiements électroniques de seconde génération. Dans le cas de ces paiements, si l'avenir demeure encore incertain, il est certes assuré qu'il suivra le profil du développement des monnaies que nous avons analysé tout au long de notre étude.

Enfin, l'opposition des thèses entre l'émission publique et l'émission privée de la monnaie par Internet demeure non résolue à ce jour. La trajectoire historique de la monnaie témoigne que son succès auprès d'une population donnée est tributaire du soutien de l'État, comme l'apposition d'un sceau royal sur les premières monnaies métalliques ou l'émission de la monnaie fiduciaire par une banque centrale. D'ailleurs, l'approche française, qui a imposé rapidement une monnaie commune à ses colonies, semble avoir mieux fonctionné que l'approche britannique, qui a plutôt permis à toutes les banques commerciales d'émettre leur propre monnaie durant une longue période avant qu'une banque centrale prenne la relève. La Directive 2000/46/CE³⁴⁵, qui permet aux États membres d'accorder une autorisation à un établissement de monnaie électronique d'émettre un tel moyen de paiement, constitue l'aboutissement de la gestion étatique de l'émission de la monnaie en vue d'en assurer la confiance parmi la population. Cette philosophie du Parlement européen s'inscrit dans la lignée de la thèse de Konvisser³⁴⁶. En définitive, comme le mentionnait un auteur, « [l]a dématérialisation permet la circulation dans la foule [...]

345. Précité, note 285.

346. *Supra*, notes 279-280 et le texte correspondant.

La régulation en est le correctif nécessaire³⁴⁷. » Dans notre étude, nous avons simplement exposé ce problème, mais il est clair qu'il mérite une analyse approfondie³⁴⁸.

En conséquence, il est possible d'avancer que les monnaies électroniques émergentes ne trouveront le succès que par l'entremise d'un régime de surveillance prudentielle pour en assurer le contrôle. Bien qu'il soit difficile, sinon impossible, d'estimer la forme technique que prendra cette monnaie, la question de la pertinence de la monnaie fiduciaire demeure d'actualité.

347. M. GERMAIN, « Sociologie de la dématérialisation », (1998) 42 *Archives de philosophie du droit* 106, 107.

348. Comme nous l'avons mentionné plus haut, en introduction et à la note 259, nous analyserons cette question plus en profondeur dans une étude subséquente.